

University of Groningen

## Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker

Kolder, Arvin

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Kolder, A. (2018). Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker: Over de toepassing van art. 6:181 BW. [Groningen]: Rijksuniversiteit Groningen.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

*Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker*

RECHT EN PRAKTIJK – CONTRACTEN- EN AANSPRAKELIJKHEIDS-  
RECHT

Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp

- CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6<sup>e</sup> druk
- CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
- CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
- CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
- CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
- CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
- CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
- CA8. B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen
- CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 6<sup>e</sup> druk
- CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
- CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
- CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk
- CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
- CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
- CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
- CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2<sup>e</sup> druk
- CA17. C.A. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichhouders
- CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker

# Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker

*Over de toepassing van art. 6:181 BW*

Mr. A. Kolder

Verkorte citeerwijze: Kolder, *Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker (R&P nr. CA18)* 2018/  
[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: A. Kolder, *Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker (Recht en Praktijk nr. CA18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978-90-13-14958-6

ISBN 978-90-13-14959-3 (E-book)

NUR 822-206

© 2018, A. Kolder

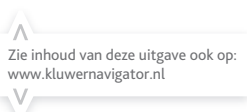
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-) overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer bv, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op [www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl) of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



 Kluwer NAVIGATOR

## Woord vooraf

Aan de totstandkoming van dit proefschrift hebben meerdere personen een bijdrage geleverd. In de eerste plaats noem ik mijn promotores Mark Wissink en Fokko Oldenhuis, die ik zeer erkentelijk ben voor hun inspirerende, deskundige en ook geduldige begeleiding. Ook dank ik PUNT Letselschade Advocaten, het kantoor dat mij naast het ‘dossierwerk’ de gelegenheid bood een juridisch proefschrift te schrijven. Dank gaat voorts uit naar prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. C.J.M. Klaassen en prof. mr. A.J. Verheij voor hun bereidheid zitting te nemen in de beoordelingscommissie en hun waardevolle opmerkingen naar aanleiding van het manuscript. Dank gaat tevens uit naar Armin Vorrsselman voor het vele meedenken tijdens het schrijfproces, het lezen van concepten en zijn commentaar op het manuscript. Erkentelijk ben ik ook prof. mr. W. Sniijders, de regeringscommissaris die onder meer het Gewijzigd Ontwerp voor Boek 6 BW (1976) opstelde waarin art. 6:181 BW het levenslicht zag: hij was bereid mij te woord te staan en een openhartige kijk achter de schermen van het totstandkomingsproces van afd. 6.3.2 BW te geven. Ook dank ik mijn collega’s van de Rijksuniversiteit Groningen voor de continue belangstelling voor de vorderingen van mijn onderzoek en de altijd prettige sfeer waarin ik aan mijn proefschrift heb kunnen werken. Bijzondere vermelding verdienen mijn ouders: van hen kreeg ik niet alleen mijn talenten, maar zij stelden mij ook – in de ruimst denkbare zin – in de gelegenheid die te ontplooiën. Tot slot ben ik mijn broer Marnix erkentelijk die, tussen zijn vele voetballen door, altijd bereid was zijn nuchtere kijk op de meest uiteenlopende casusposities te geven; niet alleen juristen hebben rechtsgevoel.

Het onderzoek is afgerond op 16 maart 2018.

Groningen, Arvin Kolder



# Inhoudsopgave

WOORD VOORAF		V
LIJST VAN AFKORTINGEN		XIII
<b>1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1	Introductie van het onderwerp	1
1.1.1	Het bedrijfsbegrip van art. 6:181	4
1.1.2	Het gebruiksbegrip van art. 6:181	5
1.1.3	Het functioneel verband van art. 6:181	5
1.1.4	Opstallen: de tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181	6
1.1.5	De verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker	7
1.1.6	Meerdere bedrijfsmatige gebruikers: de leden 2 en 3 van art. 6:181	8
1.1.7	Gevaarlijke stoffen	9
1.2	Belang van het onderzoek	10
1.3	Plan van behandeling	12
1.3.1	Opbouw en structuur	13
1.3.2	Beperkingen	14
1.3.3	Terminologie	15
1.3.3.1	Aanduiding van de aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.1 en 6.3.2 BW	15
1.3.3.2	Aanduiding van de op grond van art. 6:181 aansprakelijke persoon	16
1.3.3.3	Aanduiding van de ‘objecten’ waarvoor art. 6:181 aansprakelijkheid vestigt	17
<b>2</b>	<b>ACHTERGROND EN TOTSTANDKOMING VAN ART. 6:181</b>	<b>19</b>
2.1	Inleiding	19
2.2	Weinig kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW	19
2.3	Forse uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheid in het NBW	23
2.4	Argumenten voor kwalitatieve aansprakelijkheid	26
2.5	De lange totstandkomingsgeschiedenis van afd. 6.3.2 BW	29
2.6	De beknopte totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:181	31
2.7	Conclusie en afronding	33



<b>3</b>	<b>KANALISERING EN SAMENLOOP</b>	<b>35</b>
3.1	Inleiding	35
3.2	Het leerstuk ‘samenloop’	36
3.3	De aansprakelijkheid rust op de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker	38
3.3.1	De bedoeling van de wetgever	38
3.3.2	Lessen uit art. 1404 OBW	40
3.3.3	Opvattingen in de literatuur en rechtspraak	45
3.3.3.1	Het <i>Loretta</i> -arrest: schadeveroorzakende dieren	45
3.3.3.2	De ‘ <i>Loretta</i> -regel’ geldt ook voor roerende zaken en opstallen	51
3.4	Meerdere bedrijfsmatige gebruikers (de leden 2 en 3 van art. 6:181)	54
3.5	‘Bijzondere’ personen	61
3.5.1	Personen die (deels) ‘buiten’ het stelsel van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 staan	62
3.5.2	Personen waarvoor de bezitter inwisselbaar is	65
3.5.3	De producent (afd. 6.3.3 BW)	68
3.5.3.1	Roerende zaken	69
3.5.3.2	Opstallen en gevaarlijke stoffen	75
3.6	Overige samenloopvragen betreffende art. 6:181	77
3.6.1	Samenloop met andere kwalitatieve aansprakelijkheden binnen afd. 6.3.2 BW dan art. 6:173, 174 en 179	77
3.6.2	Samenloop met onrechtmatige daad	80
3.6.3	Samenloop met overeenkomst	82
3.7	Conclusie en afronding	84
<b>4</b>	<b>DE BEZITTER ÓF DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER: ONDERLINGE HIËRARCHIE</b>	<b>87</b>
4.1	Inleiding	87
4.2	Literatuur en rechtspraak: de bezitter als hoofdregel, de bedrijfsmatige gebruiker als uitzondering	88
4.3	Art. 1404 OBW: de eigenaar als hoofdregel, de gebruiker als uitzondering	90
4.4	De bedoeling van de wetgever	92
4.4.1	Het Gewijzigd Ontwerp van 1976	92
4.4.2	De Aanvullingswet 1995	94
4.4.3	Andere aansprakelijkheden binnen afd. 6.3.2 BW dan art. 6:173, 174, 179 en 181	96
4.4.4	De achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW	98
4.4.5	Productenaansprakelijkheid (afd. 6.3.3 BW)	99
4.5	Art. 6:181 bewerkstelligt geen ‘verlegging’ van aansprakelijkheid maar is een ‘voorrangsregel’	100
4.6	Praktische betekenis van de hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker	102
4.6.1	Inleidende opmerkingen	102
4.6.2	In geval van toepasselijkheid van art. 6:181 speelt het bezit geen rol	102

4.6.3	Gevallen waarin het bezit en bedrijfsmatige gebruik samenvallen	103
4.6.4	Een ruime uitleg van art. 6:181	104
4.6.5	Het systeem van de wet als 'afrondingsfactor'	105
4.6.6	De stelplicht en bewijslast	108
4.6.6.1	Inleidende opmerkingen	108
4.6.6.2	De materiële rechtsregel binnen art. 6:181 jo. 173, 174 en 179	110
4.6.6.3	Praktische uitwerking	111
4.6.6.4	'Bijzondere' personen	113
4.6.6.5	Verzwaarde stelplicht	115
4.7	Conclusie en afronding	116
<b>5</b>	<b>PLAATSBEPALING VAN ART. 6:181 TEN OPZICHTE VAN ART. 6:170 EN 171</b>	<b>117</b>
5.1	Inleiding	117
5.2	Verwantschap van art. 6:181 met art. 6:170 en 171	118
5.3	De aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171 nader beschouwd	121
5.3.1	Kenmerkende aspecten van art. 6:170	121
5.3.2	Kenmerkende aspecten van art. 6:171	125
5.3.3	Een vergelijking van art. 6:170 en 171	129
5.4	Plaatsbepaling van art. 6:181	133
5.4.1	Art. 6:170 als inspiratiebron voor de toepassing van art. 6:181	133
5.4.2	Art. 6:181 niet als dé tegenhanger van art. 6:171	135
5.4.3	Overige argumenten voor art. 6:170 als inspiratiebron ter toepassing van art. 6:181	138
5.4.3.1	Rechtshistorisch perspectief	138
5.4.3.2	Wetssystematisch perspectief	139
5.4.3.3	Rechtsvergelijkend perspectief	140
5.4.4	Art. 6:181 wordt niet volledig naar het voorbeeld van art. 6:170 geïnterpreteerd	144
5.5	Conclusie en afronding	146
<b>6</b>	<b>'BEDRIJF'</b>	<b>149</b>
6.1	Inleiding	149
6.2	De visie van de wetgever	150
6.2.1	Het Gewijzigd Ontwerp van 1976	150
6.2.2	De Invoeringswet voor de Boeken 3, 5 en 6 BW van 1989	151
6.2.3	De Aanvullingswet 1995	153
6.3	Opvattingen in de literatuur en rechtspraak	155
6.3.1	Literatuur	155
6.3.2	Rechtspraak	157
6.4	Een algemene maatstaf voor het bedrijfsbegrip ontbreekt	158
6.5	Het bedrijfsbegrip naar de strekking van art. 6:181 zelf	159

6.5.1	De visie van de wetgever overtuigt niet	160
6.5.2	De beroepsbeoefenaar	160
6.5.3	De overheid	164
6.5.3.1	Ook de overheid valt onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181	164
6.5.3.2	Vrees voor te vergaande overheidsaansprakelijkheid: inleidende opmerkingen	168
6.5.3.3	Roerende zaken en opstallen	169
6.5.3.4	Dieren	170
6.5.3.5	Vrees voor te vergaande overheidsaansprakelijkheid ongegrond	173
6.5.4	Andere ‘organisaties’ dan bedrijf, beroep en overheid	174
6.6	Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 breder beschouwd	175
6.6.1	Inleidende opmerkingen	175
6.6.2	Aansprakelijkheid voor ondergeschikten	176
6.6.3	Productenaansprakelijkheid	179
6.6.3.1	Degene die beroeps- of bedrijfsmatig handelt	179
6.6.3.2	Relevantie voor art. 6:181	182
6.6.3.3	Het ‘vangnet-argument’	183
6.6.4	Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen	184
6.6.4.1	Degene die beroeps- of bedrijfsmatig handelt	185
6.6.4.2	Relevantie voor art. 6:181	186
6.6.4.3	Geen differentiatie ondanks verschillende ‘gevaarsobjecten’	189
6.6.4.4	Het ‘vangnet-argument’	190
6.7	Art. 6:181 ziet op de ‘professional’	193
6.8	Conclusie en afronding	197
<b>7</b>	<b>‘GEBRUIK’</b>	<b>199</b>
7.1	Inleiding	199
7.2	De visie van de wetgever	201
7.2.1	Het Gewijzigd Ontwerp van 1976	201
7.2.2	De Aanvullingswet 1995	204
7.3	Opvattingen in de literatuur en rechtspraak	207
7.3.1	Het <i>Loretta</i> -arrest	208
7.3.2	Breuk met het verleden	211
7.3.3	De ontvangst van het <i>Loretta</i> -arrest	212
7.4	Een algemene maatstaf voor het gebruiksbegrip ontbreekt	215
7.5	Het gebruiksbegrip ingevuld aan de hand van zeggenschap	216
7.5.1	Bescherming tegen ‘verhoogd gevaar’ als grondgedachte	216
7.5.2	Zeggenschap als dominante factor voor art. 6:181	218
7.5.3	Zeggenschap leidend bij andere kanaliseringconstructies dan art. 6:181	225
7.5.4	Zeggenschap en de art. 6:173, 174 en 179	229
7.5.5	Zeggenschap en de art. 6:170 en 171	231
7.5.6	Tussenconclusie	232
7.6	De invulling van het gebruiksbegrip verschilt per kwalitatieve aansprakelijkheid	233

7.6.1	De kern van het gebruiksbegrip	233
7.6.2	Roerende zaken	234
7.6.3	Gevaarlijke stoffen	238
7.6.4	Dieren	239
7.6.5	Opstallen	244
7.6.5.1	De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1	247
7.6.5.2	De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 drukt uit wat al ligt besloten in de vuistregel van art. 6:181	254
7.6.5.3	De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1: de stelplicht en bewijslast	256
7.6.5.4	De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 als inspiratiebron voor het gebruiksbegrip van art. 6:181	258
7.6.5.5	De bedrijfsmatige gebruiker heeft niets van doen met het gebrek	259
7.6.5.6	De bedrijfsmatige gebruiker heeft het gebrek in fysieke zin veroorzaakt	260
7.6.5.7	De bedrijfsmatige gebruiker heeft het gebrek op andere wijze veroorzaakt	261
7.6.5.8	De bedrijfsmatige gebruiker ‘luxeert’ een verborgen gebrek	263
7.6.5.9	‘Opstal-werktuigen’	265
7.6.5.10	De bedrijfsmatige gebruiker laat een kenbaar gebrek voortbestaan	266
7.7	Meerdere bedrijfsmatige gebruikers	268
7.7.1	Lid 2 van art. 6:181 drukt uit wat al ligt besloten in de vuistregel van art. 6:181	268
7.7.2	Lid 3 van art. 6:181 drukt uit wat al ligt besloten in de vuistregel van art. 6:175	270
7.7.3	Concernverhoudingen	270
7.7.4	Niet-ondergeschikte hulppersonen	272
7.7.4.1	Schijnzelfstandigen	274
7.7.4.2	Zeggenschap versus eenheid	277
7.8	Enkele concrete gevallen van (on)voldoende zeggenschap	278
7.8.1	Inleidende opmerkingen	278
7.8.2	In beginsel onvoldoende zeggenschap	279
7.8.3	Een tussencategorie	283
7.8.4	In beginsel voldoende zeggenschap	286
7.8.5	Tussenconclusie	288
7.9	Nogmaals: zeggenschap en de exclusieve werking van art. 6:181	289
7.10	Conclusie en afronding	291
<b>8</b>	<b>‘IN DE UITOEFENING VAN’</b>	<b>293</b>
8.1	Inleiding	293
8.2	Het functioneel verband van art. 6:181 is van praktisch geringe betekenis	294
8.3	Geen aansluiting zoeken bij het functioneel verband van art. 6:171	298

8.4	Het functioneel verband van art. 6:170 als inspiratiebron	300
8.4.1	Aan art. 6:170 te ontleen gezichtspunten	303
8.4.2	'Bijzondere' gevallen binnen het bedrijf	305
8.4.3	Op de grens van de bedrijfs- en privésfeer	307
8.5	Conclusie en afronding	310
<b>9</b>	<b>BALANS EN AANBEVELINGEN</b>	<b>311</b>
9.1	Inleiding	311
9.2	De balans opgemaakt: zeven bevindingen	311
9.3	De aansprakelijkheidsrecht- en verzekeringsrechtpraktijk	323
9.4	Aanbevelingen voor de wetgever	325
9.5	Tot besluit	326
	BIJLAGE: VOORSTEL TOT WIJZIGING VAN DE ART. 6:173, 174, 179 EN 181	329
	SAMENVATTING	333
	SUMMARY	339
	AANGEHAALDE LITERATUUR	343
	AANGEHAALDE RECHTSPRAAK	353
	TREFWOORDENREGISTER	365

## Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	advocaat-generaal
aantek.	aantekening
art.	artikel(en)
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
Cc	Code civil
C.V.	Commanditaire Vennootschap
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
ECLI	ECLI-nummer (via <a href="http://www.rechtspraak.nl">www.rechtspraak.nl</a> )
EG	Europese Gemeenschap
G.O.	Gewijzigd Ontwerp
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOL	Jurisprudentie Online
L&S	Letsel & Schade
Mon.	monografieën
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief BW
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (zoals ingevoerd op 1 januari 1992)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
m.nt.	met noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze Vennootschap

O&A	Overheid en Aansprakelijkheid
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
O.M.	Ontwerp Meijers
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
Parl. gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PETL	Principles of European Tort Law
Prg.	Praktijkids
Rb.	Rechtbank
RDW	Rijksdienst voor het wegverkeer
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
Sr	Wetboek van Strafrecht
T&C	Tekst & Commentaar
T.M.	Toelichting Meijers
TvHB	Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
V.o.f.	Vennootschap onder firma
VR	Verkeersrecht
V.V.	Voorlopig Verslag
W	Weekblad van het Recht
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheid
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WWV	Wegenverkeerswet
Zfw	Ziekenfondswet
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

# 1 | Inleiding

## 1.1 | Introductie van het onderwerp

Het aansprakelijkheidsrecht ziet roerende zaken, opstallen en dieren als bronnen van ‘verhoogd gevaar’, in die zin dat zij een verhoogde kans op schade voor personen en zaken creëren. Voorbeelden van verwezenlijking van bedoeld ‘verhoogd gevaar’ in zowel de particuliere als professionele sfeer zijn niet moeilijk te geven: de weigerende remmen van een fiets of het ontploffen van een productiemachine, het instorten van een balkon van een flatgebouw of het neerkomen van het dak van een bedrijfspand, de bijtende gezinshond of het trappende manegepaard. De wetgever heeft voor dit soort gevallen ‘bijzondere’ aansprakelijkheden in het leven geroepen, neergelegd in art. 6:173, 174, 179 en 181 BW en opgenomen in afd. 6.3.2 BW (‘Aansprakelijkheid voor personen en zaken’).<sup>1</sup> De art. 6:173 lid 1, 174 lid 1 en 179 bepalen dat wanneer een roerende zaak, opstal of dier schade veroorzaakt, de aansprakelijkheid daarvoor rust op de bezitter van deze ‘gevaarsobjecten’. Worden de zaken en dieren ‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’, dan rust de aansprakelijkheid op degene die dit bedrijf uitoefent, zo luidt de vuistregel van art. 6:181. De wetgever heeft met art. 6:173, 174, 179 en 181 beoogd in de daarin geregelde gevallen van schadeveroorzaking ‘duidelijkheid’ en ‘overzichtelijkheid’ te bieden. Zijns inziens moeten benadeelden in geval van schade door een roerende zaak, opstal of dier steeds een duidelijk aanspreekpunt hebben waar zij voor vergoeding terecht kunnen. Tegelijkertijd moet in de ogen van de wetgever voor (potentieel) aansprakelijken overzichtelijk zijn welke aansprakelijkheidsrisico’s zij lopen, om deze te kunnen (in)calculeren en – desgewenst – verzekeren.<sup>2</sup> Ook aansprakelijkheidsverzekeraars hebben in dit verband behoefte aan duidelijkheid, eveneens om de risico’s zo goed mogelijk te kunnen calculeren, zij het om de verzekeringspremies daarop te kunnen afstemmen. Kortom, in geval van schade veroorzaakt door een roerende zaak, opstal of dier wordt het wenselijk geacht dat steeds (vlot) helder is op *wie* daarvoor binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 de aansprakelijkheid rust.<sup>3</sup> Sinds de invoering van afd. 6.3.2 BW in 1992, inmiddels meer dan 25 jaar geleden, lijkt dit doel echter nog altijd niet te zijn bereikt. Ter illustratie kan de navolgende casus dienen.

---

1 Een in het vervolg van deze studie aangehaald wetsartikel verwijst zonder nadere aanduiding naar het huidige Nederlandse Burgerlijk wetboek (BW).

2 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747.

3 Ook komt in deze studie aan de orde de aansprakelijkheid voor de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen, nu art. 6:181 met lid 3 ook voor deze ‘gevaarsobjecten’ een regeling kent. Zie o.a. par. 1.1.7.



**‘De carnavalsvereniging’**

Op verzoek van de plaatselijke carnavalsvereniging, stelt een particuliere paardenbezitter een van zijn paarden om niet beschikbaar. Het doel is dat dit paard de praalwagen van de vereniging zal trekken tijdens de aankomende jaarlijkse carnavalsoptocht in het dorp. De voorzitter van de carnavalsvereniging haalt het paard op de dag van de optocht al vroeg in de ochtend bij de paardenbezitter met een veewagen op. Een lokaal transportbedrijf bleek bereid een op dat moment overbodige veewagen tegen een geringe vergoeding kortstondig aan de vereniging ter beschikking te stellen. Omdat de optocht pas ’s middags van start gaat besluit de voorzitter, na het paard op het terrein van de bezitter in de veewagen te hebben geladen, eerst nog langs huis te rijden. Zijn 16-jarige dochter, eveneens lid van de carnavalsvereniging, is dol op paarden: het zou leuk zijn om van de gelegenheid gebruik te maken en haar een ritje op het dier te laten maken, zo bedenkt de voorzitter zich. Bovendien, zo weet de voorzitter, zal een ritje op het paard bijdragen aan de motivatie van zijn dochter zich te blijven inzetten voor de carnavalsvereniging. Nadat zijn dochter ‘thuis’ een geslaagd ritje op het paard heeft gemaakt, vervolgt de voorzitter zijn weg met het paard in de veewagen naar het clubhuis van de carnavalsvereniging. Dit clubhuis is gevestigd in een loods, die de vereniging al jaren huurt van een vastgoedbedrijf. De loods is bij uitstek geschikt om daarin telkens de voorbereidingen voor de jaarlijkse carnavalsoptocht te treffen. Ook dit jaar hebben de leden van de vereniging de afgelopen periode koortsachtig in de loods gewerkt aan de bouw van de praalwagen. Hierbij bediende de vereniging zich van diverse gereedschappen, waaronder een elektrische cirkelzaagmachine voor de houtbewerking. Dit apparaat werd gehuurd van de plaatselijke bouwmarkt. Toen het werk aan de praalwagen tijdig was afgerond, merkte een van de leden van de vereniging gekscherend op dat “nu alleen nog een instorting van het dak waaronder de praalwagen staat een geslaagde optocht in de weg kan staan”. Eenmaal bij de loods aangekomen, laadt de voorzitter het paard uit de veewagen. Omdat het een nogal regenachtige dag is, komt de loods nu tevens goed van pas om het paard te stallen in afwachting van de start van de optocht later op de dag. Wanneer de optocht dan eindelijk op het punt van beginnen staat, geleidt de voorzitter van de carnavalsvereniging het paard vanuit de loods aan de leidsels naar het startpunt. Daar is door andere leden van de carnavalsvereniging de praalwagen al klaargezet. Het paard wordt voor de praalwagen gespannen, waarmee alles in gereedheid is gebracht voor de optocht.

Deze – niet eens zo vergezochte – casus bergt diverse kernvragen in zich betreffende de toepassing van art. 6:181 in combinatie met art. 6:173, 174 en 179. Ik doel op het risico dat op enig moment schade wordt veroorzaakt door de veewagen (art. 6:173), cirkelzaag (6:173), loods (art. 6:174) of het paard (art. 6:179). Zo vraagt de particuliere bezitter, die zijn *paard* belangeloos ter beschikking stelde aan de carnavalsvereniging, zich af hoe het zit met zijn wettelijke aansprakelijkheid: stel dat het dier tijdens het meelopen in de optocht een schrikreactie vertoont en daarbij een toevallige toeschouwer verwondt? Bij de carnavalsvereniging leeft eenzelfde vraag: loopt zij het risico te worden belast met de aansprakelijkheid voor het paard ex art. 6:179? Zowel de paardenbezitter als de carnavalsvereniging vraagt

zich bovendien af, of het met het oog op het risico dat het paard tijdens de optocht schade aanricht verstandig is een verzekering af te sluiten. Ook aansprakelijkheidsverzekeraars zullen in verband met de premiebepaling willen weten wie in gevallen als deze een aansprakelijkheidsrisico loopt. Niet in de laatste plaats komt het ook voor de onfortuinlijke toeschouwer wenselijk voor dat (snel) duidelijk is wie op grond van art. 6:179 kan worden aangesproken voor de door het dier aangerichte schade: de bezitter van het paard, de carnavalsvereniging, of beiden?

Met betrekking tot de aan de carnavalsvereniging tegen vergoeding beschikbaar gestelde *veewagen* en *cirkelzaag* spelen vergelijkbare vragen. Het transportbedrijf en ook de bouwmarkt vragen zich af of zij gelet op art. 6:173 en 181 een aansprakelijkheidsrisico lopen – en of het wenselijk is zich te verzekeren – in het onverhoopte geval van schade door het niet goed functioneren van bedoelde zaken gedurende het gebruik dat de carnavalsvereniging daarvan maakt.<sup>4</sup> Duidelijkheid over de vraag wie wanneer welk aansprakelijkheidsrisico loopt in gevallen van verhuur (en daarmee vergelijkbare activiteiten als bijvoorbeeld leasing) van roerende zaken is ook relevant voor aansprakelijkheidsverzekeraars in verband met de premiestelling. Wederom speelt ook het belang van degene die de schade lijdt, en wel in die zin dat sprake is van een gemakkelijk op te sporen adres waar hij voor schadevergoeding terecht kan: rust in geval van schade door een (verborgen) gebrek in een roerende zaak die door de één aan de ander ter beschikking is gesteld de aansprakelijkheid nu op de ‘uitlener’ daarvan, op de ‘inlener’, of op beiden?

Voor wat betreft de door de carnavalsvereniging gehuurde *loods* geldt dat de voorzitter zich, tussen alle gekscherende opmerkingen van de leden door, toch serieus afvraagt wie nu eigenlijk een aansprakelijkheidsrisico loopt. Op wie rust de aansprakelijkheid ex art. 6:174 indien het dak van de loods inderdaad plotseiling zou neerkomen, en daarbij onverhoopt een of meer leden van de vereniging zou treffen, zo overpeinst de voorzitter. Hij vraagt zich af of de vereniging er goed aan zou doen daarvoor in ieder geval een verzekering af te sluiten. Ook voor de verhuurder van de loods is het van belang te weten of hij een aansprakelijkheidsrisico loopt in geval van schade door een gebrek in een opstal die door hem voor gebruik aan een ander ter beschikking is gesteld. Zo ja, dan kan hij zich daar immers tegen verzekeren en de kosten daarvan (de verzekeringspremies) zelfs doorberekenen aan zijn huurders. In het kader van een zo adequaat mogelijke premiebepaling hebben ook aansprakelijkheidsverzekeraars belang bij duidelijkheid over de vraag wie aansprakelijk is voor schade door een opstal in geval van verhuur of andere vormen van terbeschikkingstelling. Uiteraard speelt ook hier het belang van de schadelijder: dient hij zijn pijlen op kwalitatieve grondslag te richten op de eigenaar/verhuurder van de opstal, op de huurder daarvan, of kunnen beiden met succes worden aangesproken?

---

<sup>4</sup> Los van een eventuele contractuele regeling tussen het transport-/bouwbedrijf en de vereniging. Ook voor de nog komende voorbeelden geldt dat eventuele bestaande contractuele regelingen buiten beschouwing worden gelaten.

Met de aansprakelijkheden voor roerende zaken, opstallen en dieren van art. 6:173, 174, 179 en 181 is als gezegd beoogd voor alle betrokkenen ‘duidelijkheid’ en ‘overzichtelijkheid’ te creëren. Toch is het ook in bepaald niet ‘onalledaagse’ gevallen vaak helemaal niet duidelijk wie wanneer welk aansprakelijkheidsrisico loopt en waar degene die de schade lijdt voor een vergoeding terecht kan. Ook ten aanzien van de zojuist gegeven casus biedt het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 nog altijd geen ‘duidelijke’ antwoorden op voor de hand liggende vragen van de betrokkenen over aspecten van aansprakelijkheid en verzekering. Ten aanzien van de toepassing van art. 6:181 stuit men in de gegeven casus namelijk al gauw op de navolgende vraagstukken.

### 1.1.1 *Het bedrijfsbegrip van art. 6:181*

Niet ondenkbaar is dat het paard gedurende het meelopen in de carnavals-optocht inderdaad uit eigen energie schade veroorzaakt. Door een schrikreactie steigert het dier en belandt met een been op de voet van een toevallige toeschouwer. Deze benadeelde zoekt vervolgens een mogelijkheid om de door het paard aangerichte schade te verhalen. Een vraag die rijst, is of de carnavalsvereniging kan worden aangemerkt als degene die het paard tijdens het ongeval *bedrijfsmatig* gebruikte. De vraag of in het geval van de carnavalsvereniging aan het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:181 wordt voldaan, speelt evenzeer in geval van schade wegens het gebruik dat zij in het kader van haar activiteiten maakt van andermans cirkelzaag, veewagen en loods. Algemener gesteld luidt de vraag: wat is de hoedanigheid van de op grond van art. 6:181 kwalitatief aansprakelijke? De vraag is namelijk niet alleen of hieronder verenigingen kunnen vallen, maar ook wat voor andere ‘organisaties’ als bijvoorbeeld stichtingen, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen en kerkgenootschappen geldt in geval van de inzet van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren. Genoemd kunnen ook worden *beroepsbeoefenaren* zoals artsen en advocaten. Maakt het voor de toepassing van art. 6:181 werkelijk verschil of men nu in het lokale fitnesscentrum (‘bedrijf’) dan wel in de behandelkamer van een arts (‘beroep’) tijdens een inspanningstest van een gebrekkige ‘hometrainer’ valt?<sup>5</sup> Of dat men op het kantoor van de plaatselijke autodealer (‘bedrijf’) dan wel advocaat (‘beroep’) door een gebrekkige stoel zakt? De positie van de *overheid* in relatie tot art. 6:181 is vandaag de dag evenmin uitgekristalliseerd. Kan de overheid geacht worden een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 uit te oefenen? Denk voor de relevantie van het antwoord op deze vraag bijvoorbeeld aan (schade door) de inzet van politiehonden en -paarden ter handhaving van de openbare orde, alsook aan interventies door de brandweer waarbij gebruik wordt gemaakt van allerlei materieel.

---

<sup>5</sup> De eventuele aansprakelijkheid van de producent (afd. 6.3.3 BW) telkens daargelaten. Zie daarover nader par. 3.5.3, 4.4.5 en 6.6.3.

### 1.1.2 *Het gebruiksbegrip van art. 6:181*

Stel dat de carnavalsvereniging geacht wordt ‘bedrijfsmatig’ te kunnen handelen in de zin van art. 6:181.<sup>6</sup> Nadat de voorzitter het paard in de loods heeft gestald, komt een van de andere leden aanlopen om een baal hooi voor het paard op de grond te leggen. Bij het naderen van het paard trapt dit dier plotseling naar achteren en raakt het carnavalslid op de knie, met blijvend letsel tot gevolg. Een vraag die rijst, is of het paard ten tijde van deze schadeveroorzaking door de carnavalsvereniging werd ‘gebruikt’ in de zin van art. 6:181. Deze term lijkt een *handelen met* de zaak of het dier te veronderstellen: in geval van het loutere bewaren/stallen van een dier is daarvan geen sprake. Zo is in de parlementaire geschiedenis van art. 6:181 ook wel aangegeven dat het *bewaren* alsook het *vervoeren* van een zaak of dier voor een ander, in beginsel geen ‘gebruik’ als bedoeld in deze bepaling oplevert.<sup>7</sup> Wat zodoende te denken van het paard dat tijdens het vervoer door de voorzitter van de carnavalsvereniging uit de vee-wagen weet te ontsnappen, de snelweg oprent en een ernstig verkeersongeluk veroorzaakt? Kwalificeert de vereniging gedurende het vervoer van het paard dan niet als ‘gebruiker’ daarvan in de zin van art. 6:181? Het antwoord op de hier opgeworpen vragen is van brede(re) betekenis, namelijk ook van belang voor diverse andere deelnemers aan het maatschappelijke verkeer die ‘bedrijfsmatig’ andermans zaken of dieren bewaren of vervoeren. Denk aan de stalhouder, de manege, het dierenasiel, een kinderboerderij en aan (overige) opslag- en transport-bedrijven. Toch lopen de meningen over de positie van de bewaarder en vervoerder in relatie tot art. 6:181 uiteen. Ook in andere veelvoorkomende gevallen is het niet duidelijk of een zaak of dier al dan niet wordt ‘gebruikt’ als bedoeld in art. 6:181. Onder meer kunnen genoemd worden de dierenarts die een dier van een ander behandelt, de garagehouder die een testrit maakt met een ter reparatie aangeboden auto, de beheerder van een appartementencomplex en tot voor kort ook de manege die het paard van een ander ‘beleert’.<sup>8</sup>

### 1.1.3 *Het functioneel verband van art. 6:181*

Degene die een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 uitoefent, is niet aansprakelijk voor iedere schade veroorzaakt door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren. De aansprakelijkheid van art. 6:181 treedt alleen in, indien voldoende verband bestaat tussen het schadeveroorzakende gebruik van de zaak of het dier enerzijds en anderzijds de betreffende bedrijfsactiviteiten. Art. 6:181 spreekt ervan dat de zaak of het dier ‘in de uitoefening van’ het bedrijf moet worden gebruikt. In geval van de carnavalsvereniging die een cirkelzaag gebruikt bij de bouw van

---

6 Hiervan wordt ook bij de in dit hoofdstuk nog komende voorbeelden betreffende de carnavalsvereniging uitgegaan. Zie nader over het gebruiksbegrip van art. 6:181 hoofdstuk 6.

7 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

8 Over deze laatste situaties handelde HR 1 april 2011, NJ 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*), waarin inmiddels is uitgemaakt dat het tegen betaling beleren van het paard van een ander als ‘gebruik’ ex art. 6:181 kwalificeert. Zie nader over het gebruiksbegrip van art. 6:181 hoofdstuk 7.

een praalwagen, is de band tussen het gebruik van deze roerende zaak en de carnavalsactiviteiten sprekend: de cirkelzaag wordt onmiskenbaar in de uitoefening daarvan gebruikt. Dit geldt ook voor het gebruik door de carnavalsvereniging van de veewagen (waarmee het paard naar de loods werd vervoerd) en het paard (dat meeliep in de optocht). En ook het gebruik van de loods (waarin de praalwagen werd gebouwd) hangt nauw samen met de activiteiten van de vereniging. Minder sprekend is de situatie van de 16-jarige dochter van de voorzitter van de carnavalsvereniging, die voorafgaand aan de optocht tijdens een ritje op het paard in de privésfeer vanwege een bokkesprong door het paard wordt afgeworpen en daarbij letsel oploopt. Kan ook in dit geval van de vereniging nog gezegd worden dat het gebruik van het dier ‘in de uitoefening van’ haar activiteiten plaatsvond? Het gegeven voorbeeld doet de meer algemene vraag rijzen, of het functioneel verband van art. 6:181 een ruime of juist restrictieve uitleg toekomt. Voorts is nog onduidelijk aan de hand van welke gezichtspunten dit functioneel verband dan concreet moet worden beoordeeld.

#### 1.1.4 Opstallen: de tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181

Voor schade veroorzaakt door gebrekkige opstallen kent art. 6:181 ten opzichte van schade door roerende zaken en dieren een verfijning. De tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 bepaalt dat degene die een opstal in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt aansprakelijk is, tenzij ‘het ontstaan van de schade’ niet in verband staat met zijn bedrijfsactiviteiten. Het in de uitoefening van een bedrijf gebruiken van een opstal alléén is dus onvoldoende om ingevolge art. 6:181 te worden belast met de aansprakelijkheid van art. 6:174. Stel dat het dak van de door de carnavalsvereniging gehuurde loods vanwege hevige regenval plotseling bezwijkt door overbelasting wegens een gebrek in de hemelwaterafvoer. Zowel een aantal leden van de carnavalsvereniging als het in de loods gestalde paard wordt door de instorting getroffen. De gelaedeerde leden en ook de benadeelde paardenbezitter zoeken een verhaalsmogelijkheid. Een vraag is of de carnavalsvereniging, als degene die de gebrekkige opstal ten tijde van de schadeveroorzaking in de uitoefening van haar ‘bedrijf’ gebruikte, een beroep toekomt op de bevrijdende tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181. De slachtoffers van de instorting (waaronder het paard) bevonden zich in de loods vanwege het werk aan de praalwagen en de overige voorbereidingen van de optocht, hetgeen onderdeel uitmaakte van de carnavalsactiviteiten. Van ‘het ontstaan van de schade’ zou daarom gezegd kunnen worden dat dit in verband staat met de activiteiten van de vereniging, waarmee de aansprakelijkheid ex art. 6:174 voor de door de opstal veroorzaakte schade ingevolge art. 6:181 dan op de vereniging zou rusten. Van belang is echter dat inmiddels in HR 26 november 2010, *NJ 2010/636 (DB/Edco)* is aangenomen dat een redelijke toepassing van de tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181 met zich brengt dat het niet erop aankomt of ‘het ontstaan van de schade’ met de bedrijfsactiviteiten in verband staat maar ‘het ontstaan van *het gebrek*’, hetgeen nadien in HR 24 november 2017, *RvdW 2017/1278 (Schavemaker/Planet c.s.)* nog eens werd gepreciseerd tot ‘*het bestaan of ontstaan van het gebrek*’. Dit lijkt een ander licht op de zaak te werpen nu de

activiteiten van de carnavalsvereniging, het bouwen van een praalwagen en het stallen van een paard, niets van doen hebben met het be- of ontstaan van de gebrekige hemelwaterafvoer. Zodoende zou de carnavalsvereniging ingevolge art. 6:181 *niet* zijn belast met de aansprakelijkheid ex art. 6:174. Wat is nu de meest wenselijke maatstaf ter toepassing van de tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181? Dient deze de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal een ruime of juist beperkte ontspappingsroute te bieden? Een verband tussen het be- of ontstaan van het *gebrek* in de opstal en de bedrijfsuitoefening zal namelijk eerder ontbreken dan een verband tussen de bedrijfsuitoefening en het ontstaan van de – uiteindelijke – *schade*. Een vraag is ook waarom art. 6:181 kennelijk zwaardere eisen stelt aan de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van een *opstal* (art. 6:174) ten opzichte van *roerende zaken* (art. 6:173) en *dieren* (art. 6:179), en of een dergelijk verschil in benadering wel gerechtvaardigd is.

1.1.5 *De verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker*

Stel dat de carnavalsvereniging wordt geacht het schadeveroorzakende paard, dat tijdens het meelopen in de optocht steigert door een aangewaaid paraplu, in de uitoefening van haar ‘bedrijf’ te gebruiken als bedoeld in art. 6:181. De toeschouwer met het voetletsel ziet al gauw in dat het weinig zinvol is de carnavalsvereniging tot schadevergoeding aan te spreken, omdat deze geen aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten en ook zelf geen reële verhaalsmogelijkheden biedt. De bezitter van het paard is daarentegen wel goed verzekerd. Hier rijst een vraag die zich met regelmaat voordoet betreffende het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181: vestigt het eenmaal toepasselijke art. 6:181 een aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker náást die van de bezitter, dan wel is telkens óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker de aansprakelijke? In HR 1 april 2011, *NJ*2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*) is inmiddels uitgemakt dat de aansprakelijkheid van art. 6:179 steeds *hetzij* op de bezitter *hetzij* op de bedrijfsmatige gebruiker rust. Dit betekent voor de onfortuinlijke toeschouwer met het voetletsel uit het gegeven voorbeeld, dat hij gezien het systeem van art. 6:179 jo. 181 zijn pijlen niet (mede) op de bezitter van het paard (inclusief verhaalsmogelijkheden) kan richten, maar is aangewezen op enkel de carnavalsvereniging (waar verhaalsmogelijkheden ontbreken). Het ontbreken van een gelijktijdige aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker kan dus wrang voor benadeelden uitpakken. Dit lijkt op gespannen voet te staan met de slachtofferbeschermingsgedachte die juist schuilgaat achter afd. 6.3.2 BW.<sup>9</sup> Voorts lijkt te wringen dat – geheel los van de vraag naar waar de beste verhaalsmogelijkheden bestaan – de benadeelde steeds moet kiezen wie hij op kwalitatieve grondslag aanspreekt (bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker), waarbij de gevolgen voor hem zijn als hij onverhoopt verkeerd kiest. Vanwege deze kanttekeningen is het *Loretta*-arrest in de literatuur niet onverdeeld positief onthaald. De (meest wenselijke) verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker in het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 is dan ook niet onomstreden.

<sup>9</sup> Zie nader over de achtergrond en totstandkoming van art. 6:181 hoofdstuk 2.

### 1.1.6 Meerdere bedrijfsmatige gebruikers: de leden 2 en 3 van art. 6:181

Een van de leden van de carnavalsvereniging neemt in het kader van de werkzaamheden aan de praalwagen de houtbewerking voor zijn rekening. Tijdens het gebruik dat hij daartoe maakt van de cirkelzaag, openbaart zich een verborgen gebrek: plotseling schiet van het draaiende apparaat een onderdeel los, met een forse beschadiging aan het plafond van de loods tot gevolg. De plaatselijke bouwmarkt heeft de (gebrekkige) cirkelzaagmachine tegen betaling beschikbaar gesteld voor gebruik door de carnavalsvereniging. Wie draagt de aansprakelijkheid van art. 6:173 voor de schade aan het plafond van de loods? Gezegd zou kunnen worden dat de cirkelzaag ten tijde van de schadeveroorzaking door zowel de bouwmarkt als de vereniging in de uitoefening van haar 'bedrijfsactiviteiten' werd gebruikt. Kan de benadeelde eigenaar van de loods zowel de bouwmarkt als de vereniging op grond van art. 6:173 jo. 181 tot schadevergoeding aanspreken? Lid 2 van art. 6:181 beoogt hiervoor een regeling te geven: worden de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren in de uitoefening van een bedrijf gebruikt 'door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander', dan is alleen 'die ander' de uit hoofde van art. 6:181 lid 1 aansprakelijke.<sup>10</sup> De eigenaar van de loods die schade lijdt door de gebrekkige cirkelzaag kan zich op kwalitatieve grondslag dus enkel tot de vereniging als 'eindgebruiker', en niet tevens tot de bouwmarkt, wenden. Het moge duidelijk zijn dat ook hier het ontbreken van een gelijktijdige aansprakelijkheid van beide 'gebruikers' wrang voor benadeelden kan uitpakken. Vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming – in de zin van het vergroten van de verhaalsmogelijkheden – zijn daarom evenzeer kanttekeningen bij (de systematiek van) lid 2 van art. 6:181 te plaatsen.

Bezien we nog het transportbedrijf dat tegen vergoeding een tijdelijk 'overbodige' veewagen aan de carnavalsvereniging beschikbaar stelde. Wanneer de voorzitter bij het clubhuis het paard uit de inmiddels losgekoppelde veewagen leidt, bezwijkt plotseling een van de deuren van de veewagen. Deze komt met het volle gewicht terecht tegen een van de benen van het paard, waardoor dit dier een blijvende blessure oploopt. Op wie kan de benadeelde paardenbezitter zijn pijlen richten voor het verkrijgen van schadevergoeding?<sup>11</sup> De carnavalsvereniging gold op het moment van het voorval als 'eindgebruiker' van de gebrekkige veewagen. Of zodoende ook in dit geval de vereniging ex art. 6:181 jo. 173 dé kwalitatief aansprakelijke is – en niet (mede) het transportbedrijf als verhuurder –, is niet volstrekt duidelijk. Omstreden is namelijk of lid 2 van art. 6:181, vanwege een expliciete verwijzing in de wetsgeschiedenis naar huur en leasing,<sup>12</sup> alleen ziet op gevallen waarin de activiteiten van het 'uitlenende' bedrijf bestaan uit *het aan anderen ter beschikking stellen* van zaken of dieren dan wel *in het algemeen* het geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers beoogt te regelen. Uitgaan van het eerste zou meebrengen dat het transportbedrijf, dat kort gezegd bepaald geen verhuurbedrijf

10 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

11 De eventuele aansprakelijkheid van de producent van de veewagen (afd. 6.3.3 BW) buiten beschouwing gelaten, alsook de rol van een eventuele WAM-verzekering.

12 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

of leasemaatschappij is, door het ter beschikking stellen van de veewagen ingevolge lid 2 van art. 6:181 niet is bevrijd van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 173. Gelijkijdige aansprakelijkheid van het transportbedrijf én de carnavalsvereniging lijkt dan mogelijk. Uitgaan van de laatste, ruimere uitleg van lid 2 van art. 6:181 zou met zich brengen dat ook in geval van het ‘incidenteel’ of zelfs maar eenmalig aan anderen ter beschikking stellen van zaken of dieren, de ‘uitlener’ profiteert van de concentratie van aansprakelijkheid op grond van lid 2 van art. 6:181 bij ‘de laatste in de keten’. De brede betekenis van het precieze toepassingsgebied van lid 2 van art. 6:181 valt goed te illustreren aan de hand van een bedrijfssector als de bouw, waarin het niet ongebruikelijk is dat eenmaal ter beschikking gesteld materiaal zoals een steiger of gereedschappen, nadien van hand tot hand gaat in diverse (tussen)schakels. Gedacht kan ook worden aan het gebruik van zaken in concernverband of in anderszins onderling gelieerde bedrijven. Van een concentratie van aansprakelijkheid bij steeds de laatste in de keten zou gezegd kunnen worden dat dit de ‘overzichtelijkheid’ van alle betrokkenen (benadeelden, betrokken bedrijven, aansprakelijkheidsverzekeraars) ten goede komt. Gelijkijdige aansprakelijkheid van alle (schakels in de keten van) betrokken bedrijven zou daarentegen de benadeelde ruimere verhaalsmogelijkheden bieden, terwijl deze dan ook niet voor de lastige opgave komt te staan de (juiste) keuze te maken voor één van hen.

#### 1.1.7 *Gevaarlijke stoffen*

Aan het in 1992 ingevoerde – uit twee leden bestaande – art. 6:181 werd in 1995 een derde lid toegevoegd.<sup>13</sup> Lid 3 van art. 6:181 ziet op *gevaarlijke stoffen* als bedoeld in het eveneens als onderdeel van de Aanvullingswet 1995 aan afd. 6.3.2 BW toegevoegde art. 6:175.<sup>14</sup> Het derde lid van art. 6:181 zoekt bij lid 2 van deze bepaling aansluiting door voor gevaarlijke stoffen een gelijksoortige regeling te geven in geval van meerdere gebruikers. Aldus doet zich hier met lid 2 van art. 6:181 vergelijkbare problematiek voor: omvat lid 3 in het algemeen gebruikers die een stof aan een ander ter beschikking stellen dan wel gaat het enkel om gebruikers wier activiteiten bestaan uit het aan anderen ‘ter beschikking stellen’ van stoffen? En valt vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming, in plaats van een concentratie van aansprakelijkheid bij telkens ‘de laatste in de keten’, ook in dit verband juist niet wat te zeggen voor een gelijkzijdige aansprakelijkheid van alle betrokken gebruikers?

Geheel ‘eigen’ aan lid 3 van art. 6:181 is het intrigerende feit dat zij een aansprakelijkheid van ook de *beroepsmatige* gebruiker binnen art. 6:181 introduceert. Anders dan de al in 1992 ingevoerde leden 1 en 2 van art. 6:181 waarin enkel van

---

13 Als onderdeel van de per 1 februari 1995 ingevoerde Wet ‘Aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem’, *Kamerstukken* nr. 21202. Deze wet wordt in het vervolg van deze studie kortheidsshalve aangeduid als ‘Aanvullingswet 1995’.

14 De regeling van de gevaarlijke stoffen in art. 6:175 legt de aansprakelijkheid (reeds) op de beroeps- en bedrijfsmatige gebruiker (lid 1 van art. 6:175), zodat een vermelding van de gevaarlijke stoffen in lid 1 van art. 6:181 overbodig zou zijn. Zie nader par. 6.6.4.



‘bedrijf’ wordt gesproken, omschrijft lid 3 van art. 6:181 de aansprakelijke persoon op ruimere wijze door te spreken van ‘beroep of bedrijf’. Vormt dit laatste nu een aanwijzing voor een ruime interpretatie van de (enkele) term ‘bedrijf’ uit art. 6:181 lid 1 en 2? Of betreft – andersom – het door de wetgever in art. 6:181 lid 3 (wél) expliciet spreken van óók ‘beroep’ juist een argument tegen het impliciet ‘inlezen’ daarvan in de leden 1 en 2 van art. 6:181? Opmerkelijk is in ieder geval dat waar lid 3 van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:181 lid 1 en 2 de aansprakelijkheid uitbreidt naar óók de *beroepsmatige* gebruiker, dit enkel degene betreft *aan wie* de stof ter beschikking wordt gesteld; de regeling is voor wat betreft degene *door wie* de stof aan een ander beschikbaar wordt gesteld, beperkt gebleven tot alleen de *bedrijfsmatige* gebruiker.<sup>15</sup>

## 1.2 Belang van het onderzoek

Art. 6:181, ingevoerd in 1992 en aangevuld in 1995, betreft een civiele buiten-contractuele aansprakelijkheid die het oude recht onbekend was en waarnaar nog geen uitvoerige wetenschappelijke studie is verricht. Sterker nog, sinds haar introductie heeft art. 6:181 in de literatuur aanvankelijk vooral een bestaan in de schaduw geleid. Hetzelfde beeld biedt de rechtspraak, waarin de grenzen van art. 6:181 aanvankelijk slechts aarzelend werden verkend.<sup>16</sup> Zo verscheen het eerste arrest van de Hoge Raad over art. 6:181 pas ruim 18 jaren na de invoering van deze aansprakelijkheid. Het betreft HR 26 november 2010, *NJ* 2010/636 (*DB/Edco*), over de voor opstallen geldende tenzij-clausule in het slot van lid 1 van art. 6:181. De casus was bepaald niet ‘onalledaags’: wegens de instorting van het dak van een opslaghal ontstond schade aan de daar opgeslagen goederen.<sup>17</sup> Niet veel later volgde nog HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*), dit maal over de vuistregel van art. 6:181. Wederom betrof het een ‘uit het leven gegrepen’ casus: een 10-jarig meisje kreeg op een manege op onfortuinlijke wijze een trap in het gezicht van een paard.<sup>18</sup> Hoewel zowel het arrest *DB/Edco* als het *Loretta*-arrest een zekere sturing heeft gegeven aan de toepassing van art. 6:181, zijn daarin verschillende voor de praktijk relevante vraagstukken met betrekking tot deze aansprakelijkheid niet aangeroerd. Voorts worden de inhoud en uitkomst van deze twee over art. 6:181 gewezen arresten niet door eenieder even vanzelfsprekend geacht, terwijl de beide arresten zelf ook weer (nieuwe) vragen hebben opgeroepen over de toepassing van art. 6:181. Treffend is dat de Hoge Raad zich inmiddels genoodzaakt zag het arrest *DB/Edco* te preciseren, en wel in HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*)<sup>19</sup> naar aanleiding van een brand in een

15 Lid 3 van art. 6:181 luidt: ‘Wanneer een stof als bedoeld in artikel 175 in de uitoefening van een *bedrijf* wordt gebruikt door deze stof ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het *beroep of bedrijf* van een ander, wordt die ander als de uit hoofde van artikel 175 lid 1 aansprakelijke persoon aangemerkt.’ (curs. AK).

16 Een mogelijke verklaring daarvoor is dat art. 6:181, zoals nog zal blijken uit hoofdstuk 4, – ten onrechte – veelal als uitzonderingsbepaling wordt gezien. Pas sinds HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*) lijkt art. 6:181 door de rechtspraak te zijn ‘ontdekt’.

17 Zie nader par. 7.6.5.1.

18 Zie nader par. 3.3.3.1 en 7.3.1.

19 Zie nader par. 7.6.5.1.

bedrijfsverzamelgebouw waarvan werd gesteld dat dit – vanwege daarin verrichte brandgevaarlijke activiteiten – ‘gebrekkig’ was wegens het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen.<sup>20</sup>

Dat de toepassing van art. 6:181 bepaald nog niet is uitgekristalliseerd, valt mede te verklaren door het feit dat dit artikel als compleet ‘nieuwe’ bepaling – het OBW was een dergelijke regeling als gezegd onbekend – pas laat in het wetgevingsproces van het huidige BW werd geïntroduceerd, en vergezeld ging van een maar summiere toelichting. Ook nadien werd bij de parlementaire totstandkoming van afd. 6.3.2 BW nauwelijks aandacht aan (het toepassingsbereik van) de met art. 6:181 in het leven geroepen ‘nieuwe’ aansprakelijkheid besteed.<sup>21</sup> Hier komt bij dat wat gedurende de parlementaire behandeling wél over art. 6:181 naar voren is gebracht, niet altijd uitblinkt in helderheid en soms maar moeilijk te doorgronden is. Verder geldt dat art. 6:181 een zuiver Nederlands product is: geen van de ons omringende rechtsstelsels kent een bepaling vergelijkbaar met art. 6:181.<sup>22</sup> Ook rechtsvergelijkend is daarom niet zomaar (meer) grip op het kennelijk ‘unieke’ art. 6:181 te verkrijgen.

Al met al is de toepassing van art. 6:181 vandaag de dag nog met veel onzekerheden omgeven. Dat is onwenselijk, aangezien in het maatschappelijk verkeer op grote schaal en op allerhande wijze gebruik wordt gemaakt van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde roerende zaken, opstallen en dieren. De hiervoor ter illustratie genoemde schadegevallen die zich alleen al kunnen voordoen rondom een carnavalsvereniging spreken wat dit betreft boekdelen. Voor de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen is een en ander niet anders: in onze maatschappij is het onvermijdelijk dat hiervan productie, verwerking, opslag en vervoer plaatsvindt. Heeft een roerende zaak, opstal, dier of gevaarlijke stof eenmaal schade aangericht, dan is het wenselijk dat vlot duidelijk is *wie* daarvoor op kwalitatieve grondslag is aan te spreken. Tevens is het wenselijk dat potentieel aansprakelijken op voorhand zo goed mogelijk kunnen inschatten wie een aansprakelijkheidsrisico loopt, om dit te kunnen (door)berekenen en desgewenst te verzekeren. Ter beantwoording van deze belangrijke ‘wie-vragen’ vervult art. 6:181 een essentiële rol. Duidelijkheid over de toepassing van art. 6:181 is daarom van wezenlijk belang voor het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. Dat antwoorden op de diverse ‘art. 6:181-vraagstukken’ bepaald niet voor het oprapen liggen, onderschrijft het belang van dit onderzoek temeer.

---

20 Voor de volledigheid: het tot nog toe viertal door de Hoge Raad gewezen arresten waarin art. 6:181 aan bod komt, wordt gecompleteerd door HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*), over de vraag of de rechtsregel uit HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*) met betrekking tot medebezitters van opstallen (art. 6:174) kan worden doorgetrokken naar medebezitters en bedrijfsmatige medegebruikers van dieren (art. 6:179 jo. 181).

21 Zie nader par. 2.6.

22 Zie nader par. 5.4.3.3.

### 1.3 Plan van behandeling

Het doel van deze studie is het leveren van een bijdrage aan het afhechten van de diverse ‘open einden’ die art. 6:181 nog altijd kenmerken. Hiertoe zal antwoord worden gegeven op de drie volgende centrale vraagstellingen:

- Wat is de achtergrond en strekking van art. 6:181?
- Wat is de wetssystematische plaats die art. 6:181 in het civiele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inneemt?
- Wat is de wenselijke reikwijdte en toepassing van art. 6:181?

Deze vragen worden uitgewerkt, erop gericht om praktisch hanteerbare oplossingen aan te dragen voor de toepassing van art. 6:181. Het vertrekpunt hiervan wordt gevormd door een analyse van de achtergrond en strekking van art. 6:181. Vervolgens ziet een wetssystematische plaatsbepaling van art. 6:181 vooral op de verhouding met de bezittersaansprakelijkheden van art. 6:173, 174 en 179. Voorts wordt aandacht besteed aan de positie die art. 6:181 als aansprakelijkheid voor *hulpzaken* inneemt ten opzichte van de eveneens in afd. 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171 voor *hulpverleners*. In tegenstelling tot de uitleg van art. 6:181, is die van de ‘soortgelijke’ art. 6:170 en 171 vandaag de dag namelijk al wel in belangrijke mate uitgekristalliseerd. Nagegaan wordt of hieruit lessen zijn te trekken voor de uitleg van art. 6:181. Bij het aansluitend in kaart brengen van de concrete reikwijdte en toepassing van art. 6:181 draait het om de invulling van de drie kernbegrippen die deze bepaling kleur geven, te weten de termen ‘bedrijf’, ‘gebruik’ en het functioneel verband-vereiste (‘in de uitoefening van’). Over deze kernbegrippen kan nu overigens alvast worden opgemerkt dat zij nauw met elkaar samenhangen en ook overlap kunnen vertonen. Dit wordt mede veroorzaakt doordat zij besloten liggen in de interpretatie van één wettelijk criterium: ‘gebruik in de uitoefening van een bedrijf’. In de wetsgeschiedenis en ook in de literatuur en rechtspraak worden de drie kernbegrippen van art. 6:181 ook regelmatig in onderling verband behandeld zonder daartussen (kenbaar) onderscheid te maken. De kernbegrippen van art. 6:181 zijn vanuit terminologisch oogpunt dus weliswaar te onderscheiden, maar niet altijd even goed te scheiden. Voor de praktische toepassing van art. 6:181 is het ook niet altijd nodig een (strikt) onderscheid tussen de drie kernbegrippen te maken. Uiteindelijk gaat het steeds om de ‘totaaltoets’: of van de zaak of het dier kan worden gezegd dat deze/dit wordt ‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’ in de zin van art. 6:181. Voor een analyse van deze bepaling is het niettemin zinvol de verschillende kernbegrippen niet alleen te signaleren maar ook gescheiden te behandelen. Bepaalde kernbegrippen geven namelijk wel aanleiding tot specifieke vraagstukken die toch meer ‘eigen’ zijn aan de ene dan de andere wetsterm.

### 1.3.1 Opbouw en structuur

In *hoofdstuk 2* wordt vanuit historisch perspectief stilgestaan bij art. 6:181. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de buitencontractuele aansprakelijkheden in het OBW, alsook aan de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 6:181. Vervolgens vindt een wetsystematische plaatsbepaling van art. 6:181 plaats, die leest als een drieluik: in *hoofdstuk 3* en *hoofdstuk 4* staat de verhouding tussen de (aansprakelijkheid van de) bezitter en bedrijfsmatige gebruiker centraal, in *hoofdstuk 5* wordt de plaats van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171 bepaald. Hoofdstuk 3 draait vooral om de vraag naar de (on)wenselijkheid van het ontbreken van een gelijktijdige aansprakelijkheid voor dezelfde schade van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 en de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181. Ook komt in dit hoofdstuk aan de orde de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker en diverse anderen dan de bezitter die binnen afd. 6.3.2 BW kwalitatief aansprakelijk kunnen zijn voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren. Het betreffen ‘bijzondere’ personen als de erfpachter, de weg-, waterstaatswerk-, kabel- en leidingbeheerder (6:174 lid 2), de exploitant van een ondergronds werk (art. 6:174 lid 3), de medebezitter (6:180 lid 1), de verkrijger onder opschortende voorwaarde (6:180 lid 2) en de ouder/voogd (art. 6:183 lid 2). Ook wordt aandacht besteed aan de ‘bijzondere’ persoon van de producent uit afd. 6.3.3 BW, in het bijzonder hoe diens aansprakelijkheid zich verhoudt tot de aansprakelijkheid van de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker. Aansluitend wordt in hoofdstuk 4 dieper ingestoken op de verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181: valt tussen deze beide aansprakelijke personen een onderlinge hiërarchie te duiden? En zo ja, wiens aansprakelijkheid – die van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker – vormt dan het primaat of heeft juist een uitzonderingskarakter? En welke praktische gevolgen kunnen aan de onderlinge verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker worden verbonden? In hoofdstuk 5 wordt nagegaan of langs de band van de aanverwante aansprakelijkheden voor hulppersonen van art. 6:170 en 171 meer grip is te verkrijgen op de aansprakelijkheid voor hulpzaken van art. 6:181. Aan de hand van de vanuit de hoofdstukken 2 t/m 5 verkregen inzichten, wordt in de hoofdstukken 6 t/m 8 ingegaan op het materiële toepassingsbereik van art. 6:181. Centraal staan de drie kernbegrippen van art. 6:181: in *hoofdstuk 6* wordt ingegaan op het ‘bedrijfsbegrip’, in *hoofdstuk 7* op het ‘gebruiksbegrip’ en in *hoofdstuk 8* op het functioneel verband-vereiste (‘in de uitoefening van’). In hoofdstuk 7 wordt ook aandacht besteed aan de in art. 6:181 lid 1 specifiek voor opstallen opgenomen tenzij-clausule. De gevallen van meerdere bedrijfsmatige gebruikers als bedoeld in de leden 2 en 3 van art. 6:181 komen eveneens in hoofdstuk 7 aan de orde.

In *hoofdstuk 9* passeren de belangrijkste bevindingen van deze studie nog eens de revue en worden enkele aanbevelingen gedaan met betrekking tot de aansprakelijkheidsregeling van art. 6:181. In een afzonderlijke Bijlage achter hoofdstuk 9 zijn enkele voorstellen tot een wetswijziging uitgewerkt.

### 1.3.2 Beperkingen

In dit onderzoek staat de toepassing van art. 6:181 centraal, *niet* die van de daarin genoemde art. 6:173, 174, 175 en 179. Zo vallen de materiële vereisten voor aansprakelijkheid op grond van de zojuist genoemde artikelen *zélf* – waarmee de bedrijfsmatige gebruiker ingevolge art. 6:181 onder bepaalde voorwaarden is belast –, buiten het bestek van dit onderzoek. Wie in dit proefschrift uitvoerige beschouwingen denkt te vinden over bijvoorbeeld het ‘gebreksbegrip’ van art. 6:173 en 174, het al dan niet ‘gevaarlijk’ zijn van een stof in de zin van art. 6:175 of de ‘eigen energie’ van een dier als bedoeld in art. 6:179, komt daarom bedrogen uit. Uiteraard komen bedoelde materiële vereisten wel aan bod voor zover van betekenis voor de onderhavige studie naar de toepassing van art. 6:181. Voor deze studie is in de eerste plaats relevant dat men er in het huidige wettelijk systeem nog niet is met de constatering *dát* in voorkomende gevallen naar de materiële maatstaven van de art. 6:173, 174, 175 en 179 een aansprakelijkheid intreedt. Niet van minder belang is de telkens nog onvermijdelijke vervolgvraag op *wie* die aansprakelijkheid dan rust.

Voorts is deze studie beperkt tot de buitencontractuele aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren volgens de regels van het commune privaatrecht, in het bijzonder afd. 6.3.2 BW.<sup>23</sup> Bijzondere regelingen zoals die uit het vervoersrecht of in verdragen vallen buiten dit onderzoek. Dit is met name van belang voor de in dit hoofdstuk in relatie tot art. 6:181 al genoemde *vervoerder* van zaken, stoffen en dieren. Voor wat betreft vervoerssituaties zijn diverse aansprakelijkheidsregelingen niet te vinden in Boek 6 maar in Boek 8, terwijl (veel van) deze regelingen mede een internationale/verdragsrechtelijke dimensie hebben.<sup>24</sup> Aldus komt het gelet op het bestek van dit onderzoek onverantwoord voor om ‘definitieve’ uitspraken over de vervoerdersaansprakelijkheid in relatie tot (alleen) art. 6:181 te doen.<sup>25</sup> Dit neemt niet weg dat in deze studie ontwikkelde gedachtes in beginsel toch van betekenis kunnen zijn voor de positie van de vervoerder. Gedacht kan hier worden aan hetgeen door mij wordt voorgestaan met betrekking tot de positie van de *bewaarder* in relatie tot art. 6:181, aangezien de vervoerder van zaken, stoffen en dieren in zekere zin met de bewaarder daarvan op één lijn is te stellen.<sup>26</sup>

---

23 Dit betekent onder meer dat art. 6:77, de algemene contractuele aansprakelijkheid voor ‘ongeschikte’ zaken, slechts zijdelings aan de orde komt. Eenzelfde geldt voor de aansprakelijkheden voor zaken in de in Boek 7/7A BW geregelde bijzondere overeenkomsten.

24 Zie over het vervoer van gevaarlijke stoffen in deze zin ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 2 en 22.

25 Vgl. K.F. Haak in zijn noot onder HR 21 november 2014, *NJ* 2015/388 (*Liander/KWS*), die aangeeft dat rechterlijke uitspraken betreffende Boek 8 BW vaak worden bepaald ‘door regels en beginselen van verdragenrecht’, en zodoende waarschuwt dat civilisten die het commune privaatrecht beoefenen ‘zich dienen te behoeden voor het gevaar te denken in te gesloten circuits’. Een waarschuwing die ik bij deze studie, die in de sleutel van het commune buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht staat, ter harte neem.

26 Een wettelijk voorbeeld biedt lid 2 van art. 6:175, waarin met de bewaarder van een gevaarlijke stof de vervoerder is gelijkgesteld.

Tot slot zal het vooral de ‘Europa-minnende’ lezer opvallen dat in deze studie een afzonderlijk rechtsvergelijkend hoofdstuk ontbreekt. Dat is niet zonder reden. Art. 6:181 is als gezegd een typisch Nederlands product: een zoals art. 6:181 vormgegeven aansprakelijkheid komt in andere Europese rechtsstelsels niet voor.<sup>27</sup> Zodoende is het rechtsvergelijkende element van deze studie beperkt. Dit neemt niet weg dat, voor zover voor deze studie relevant, wel aandacht wordt besteed aan zowel het recht in de ons omringende landen (België, Frankrijk, Duitsland en Engeland) als de beginselen van/initiatieven tot een gemeenschappelijk Europees aansprakelijkheidsrecht (PETL en DCFR).

### 1.3.3 Terminologie

#### 1.3.3.1 AANDUIDING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN AFD. 6.3.1 EN 6.3.2 BW

In het kader van dit onderzoek is een aantal terminologische keuzes gemaakt. Zo wordt in deze studie, hoewel de begrippen schuld en risico in dit verband sterk in het juridische jargon zijn ingeburgerd, aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 BW aangeduid met *kwalitatieve aansprakelijkheid* en aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.1 BW met *foutaansprakelijkheid*. Voor de term ‘risico’ geldt namelijk dat deze geen fundament voor aansprakelijkheid biedt: anders dan ‘schuld’ blijft de vraag *waarom* bepaalde schade(veroorzaking) tot iemands ‘risico’ behoort onbeantwoord. ‘Risico’ is dan ook geen grondslag van aansprakelijkheid, maar komt neer op een ‘nog te funderen wenselijk geacht resultaat’.<sup>28</sup> Bovendien geldt dat afd. 6.3.2 BW naast ‘risico-elementen’ bepaald niet wars van ‘schuldelementen’ is.<sup>29</sup> ‘Schuld’ als zodanig kan echter wel als grondslag van aansprakelijkheid dienen en verklaren waarom iemand aansprakelijk is: naar maatstaven van zorgvuldigheid had anders gehandeld kunnen en moeten worden. Het problematische van de term schuld is dat dit begrip in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wel in tweeërlei zin wordt gebezigd: soms wordt daarmee bedoeld op de schending van een gedragsnorm c.q. een onrechtmatige daad (lid 2 van art. 6:162), soms op ‘schuld’ in de zin van persoonlijke verwijtbaarheid (in de sfeer van de toerekenbaarheid als bedoeld in lid 3 van art. 6:162). Hiernaast geldt dat binnen afd. 6.3.1 BW niet alleen ‘schuldelementen’ maar ook ‘risico-elementen’ een rol spelen.<sup>30</sup> Kortom, de lege term ‘risico’ en het dubbelzinnige begrip ‘schuld’ hebben als zodanig niet alleen onvoldoende onderscheidend vermogen, maar ook levert het afzetten van ‘risicoaansprakelijkheid’ (afd. 6.3.2 BW) tegen ‘schuldaansprakelijkheid’ (afd. 6.3.1 BW) geen zuivere tegenstelling op.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Zie nader de rechtsvergelijkende paragraaf 5.4.3.3.

<sup>28</sup> Vgl. Lubach 2005, p. 135-136; Klaassen 1991, p. 2, 201-258; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27.

<sup>29</sup> Denk aan het vereiste van een ‘fout’ van degene voor wie men aansprakelijk is, de eigen fout van de ex art. 6:169 lid 2 aansprakelijke ouder/voogd, de tenzij-formules van art. 6:173, 174, 178 en 179, alsmede aan de invulling van het gebreksbegrip van art. 6:173 en 174 aan de hand van de zogeheten *Wilnis*-doctrine, zie HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), bevestigd in HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*).

<sup>30</sup> Denk aan toerekening op grond van de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3) en de wet (art. 6:162 lid 3 jo. 6:165 lid 1), ‘objectivering’ van schuld (toerekening), alsmede aan het aanleggen van een ‘onmenselijk’ strenge zorgvuldigheidsnorm (onrechtmatigheid).

<sup>31</sup> Zie in deze zin ook Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1380; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 14. Zie voorts Schut 1969, p. 273; Van Dam 2015, p. 23.

Aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.1 BW is steeds gefundeerd op een *eigen* ‘fout’ (lees: toerekenbare onrechtmatige daad) van de aansprakelijke persoon. Aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 BW onderscheidt zich hiervan door niet het *eigen* (‘foutieve’) gedrag van de aansprakelijke persoon tot uitgangspunt te nemen:<sup>32</sup> de aansprakelijkheid wordt gevestigd voor het schadeveroorzakende gedrag van een ander of voor schade veroorzaakt door een zaak, stof of dier.<sup>33</sup> Deze op afd. 6.3.2 BW gegronde aansprakelijkheid rust steeds op iemand die gezien zijn hoedanigheid of *kwaliteit* in een bijzondere relatie tot de schadeveroorzakende persoon of zaak staat.<sup>34</sup> Kwalitatieve aansprakelijkheid betreft daarom een buitencontractuele aansprakelijkheid in hoedanigheid, zónder dat de aansprakelijkheid behoeft te worden herleid tot een eigen ‘fout’ van degene die aansprakelijk is.<sup>35</sup> Omdat kwalitatieve aansprakelijkheid dus niet gefundeerd is op een ‘fout’ van de aansprakelijke persoon zelf, draagt zij als zodanig geen begrenzing in zich. Om een onbegrensde aansprakelijkheid te voorkomen, kennen de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden ter begrenzing ieder hun eigen methoden en technieken. Hierbij spelen dan mede de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid uit afd. 6.3.1 BW (foutaansprakelijkheid) een rol.

### 1.3.3.2 AANDUIDING VAN DE OP GROND VAN ART. 6:181 AANSPRAKELIJKE PERSOON

Art. 6:181 lid 1 omschrijft de aansprakelijke persoon weinig bondig als *degene die het bedrijf uitoefent, in de uitoefening waarvan de in de artikelen 6:173, 174 en 179 bedoelde roerende zaken, opstallen en dieren worden gebruikt*. In dit onderzoek wordt omwille van de leesbaarheid de op grond van art. 6:181 aansprakelijke persoon wel korter aangeduid met de ‘bedrijfsmatige gebruiker’ of ‘bedrijfsuitoefenaar’. Dit betreft een aanduiding die bovendien aansluit bij de omschrijving van de aansprakelijke persoon die veelal wordt gebezigd in de tot dusver over art. 6:181 verschenen literatuur en rechtspraak.<sup>36</sup>

32 Lid 2 van art. 6:169 past strikt genomen niet goed in afdeling 6.3.2 BW, omdat de daarin geregelde aansprakelijkheid rust op – een vermoeden van – *eigen* ‘foutief’ gedrag van de aansprakelijke ouder/voogd.

33 Blijkens de *Wilnis*-doctrine is bij de invulling van het gebreksbegrip van art. 6:173 en 174 het gedrag van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker relevant, hetgeen onverlet laat dat de aansprakelijkheid (dogmatisch) is gekoppeld aan de (gebrekkige) toestand waarin de zaak verkeert.

34 Vgl. reeds Schut 1963, p. 40, die spreekt van een splitsing tussen een ‘verantwoordelijkheid’ in eigen persoon en in kwaliteit. Onder dit laatste valt zijns inziens een ‘verantwoordelijkheid voor personen tot wie men in een bepaalde betrekking staat en voor zaken die men onder zijn opzicht heeft’.

35 Afd. 6.3.2 BW behelst derhalve een aansprakelijkheidsvorm voor het intreden waarvan én onrechtmatigheid én toerekenbaarheid zijdens de aansprakelijke persoon zelf ontbreken. Hoewel bij de toepassing van bijvoorbeeld ‘de verkeersopvattingen’ en ‘de wet’ uit art. 6:162 lid 3 (jo. 6:165 lid 1) ‘schuld’ in de zin van persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt en zodoende sprake is van een zekere vorm van ‘risicoaansprakelijkheid’, duid ik deze toch niet als kwalitatieve aansprakelijkheid. Bedoelde aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.1 BW neemt immers nog altijd het *eigen* gedrag van de aansprakelijke tot uitgangspunt.

36 Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 2016, NJ 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*).

1.3.3.3 AANDUIDING VAN DE 'OBJECTEN' WAARVOOR ART. 6:181  
AANSPRAKELIJKHEID VESTIGT

De leden 1 en 2 van art. 6:181 bestrijken de in art. 6:173, 174, en 179 bedoelde roerende zaken, opstallen en dieren; lid 3 van art. 6:181 ziet op de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen. Van belang is dat per 1 januari 2013 het nieuwe art. 3:2a is ingevoerd, waarin is bepaald dat dieren geen 'zaken' in de zin van art. 3:2 (meer) zijn, maar de op zaken betrekking hebbende bepalingen wel voor dieren gelden.<sup>37</sup> Voor stoffen geldt dat deze eenmaal ontsnapt aan de menselijke beheersing, geen zaken (meer) zijn in de zin van art. 3:2. Niettemin worden in het vervolg van deze studie alle in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde 'gevaarsobjecten', wanneer daartoe omwille van de leesbaarheid aanleiding bestaat, geschaard onder de (overkoepelende) term 'zaken'.

---

<sup>37</sup> *Kamerstukken* nr. 31389, i.h.b. *Kamerstukken II 2009/10*, 31389, 68.





## 2 | Achtergrond en totstandkoming van art. 6:181

### 2.1 Inleiding

Met de invoering van afd. 6.3.2 BW in 1992 vond ten opzichte van het oude recht (OBW 1838-1992) een forse uitbreiding plaats van de gevallen waarin sprake is van kwalitatieve aansprakelijkheid. Toch heeft het maar weinig gescheeld of afd. 6.3.2 BW was er – als onderdeel van (toen) het NBW – niet gekomen. In dit hoofdstuk wordt afd. 6.3.2 BW, in het bijzonder art. 6:181, vanuit historisch perspectief bezien. Allereerst wordt aandacht besteed aan het OBW. Daarna wordt stilgestaan bij de achtergrond van de forse uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheid die haar beslag heeft gekregen in afd. 6.3.2 BW. Ook komt de moeizame totstandkoming van afd. 6.3.2 BW aan de orde, en in het bijzonder de rol die art. 6:181 daarin heeft gespeeld.

### 2.2 Weinig kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW

In vergelijking met het huidige BW was de aanblik van het landschap van kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW minder kleurrijk. Na de in art. 1401 en 1402 OBW geregelde ‘reguliere’ foutaansprakelijkheid,<sup>1</sup> volgde in art. 1403-1405 OBW een aantal ‘bijzondere’ aansprakelijkheden. Art. 1403 lid 1 OBW opende in algemene zin:

‘Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade welke men door zijn eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door *de daad van personen voor welke men aansprakelijk is*, of door *zaken welke men onder zijn opzigt heeft*.’ (curs. AK)

Het OBW sprak niet enkel van aansprakelijkheid voor *eigen* gedrag (art. 1401 en 1402 OBW), maar dus ook van een aansprakelijkheid voor *personen* en *zaken*. De aansprakelijkheid voor personen was nader uitgewerkt in lid 2-5 van art. 1403 OBW. Zo kende lid 2 een aansprakelijkheid voor door *minderjarige kinderen* veroorzaakte schade, welke aansprakelijkheid werd gelegd bij de ouders of voogden. Lid 3 kende een aansprakelijkheid van de meester voor schade veroorzaakt

---

<sup>1</sup> In art. 1401 OBW was de (hoofd)regel neergelegd dat degene die een onrechtmatige daad pleegt, de daardoor aan een ander door zijn schuld toegebrachte schade moet vergoeden. Hiernaast stelde art. 1402 OBW – al dan niet ten overvloede – buiten twijfel dat niet alleen een handelen, maar ook een nalaten onrechtmatig kan zijn.

door zijn *ondergeschikten*. Lid 4 betrof een aansprakelijkheid van de schoolonderwijzer en werkmeester voor schade toegebracht door respectievelijk hun *leerlingen* en *knechten*. De aard van deze in art. 1403 lid 2-4 OBW geregelde aansprakelijkheden was niet hetzelfde. Zo beruiste de aansprakelijkheid van ouders en voogden (lid 2) evenals die van onderwijzers en werkmeesters (lid 4) volgens lid 5 van art. 1403 OBW op een – vermoeden van – eigen tekortschieten in de nakoming van een zorgplicht. Het ging zodoende niet om ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid, maar om een foutaansprakelijkheid met een bewijsvermoeden. De aansprakelijkheid van de meester voor ondergeschikten (lid 3) was daarentegen vormgegeven met een *onweerlegbaar* fout-vermoeden: in geval van schade veroorzaakt door een ondergeschikte werd de meester vermoed een verkeerde ondergeschikte te hebben aangesteld (*culpa in eligendo*) of onvoldoende toezicht op de ondergeschikte te hebben gehouden (*culpa in custodiendo*), terwijl hij het bewijs van zijn onschuld niet mocht leveren.<sup>2</sup> Zodoende trad deze aansprakelijkheid in onafhankelijk van het *eigen* gedrag van de meester,<sup>3</sup> waarmee sprake was van een ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid. Hoewel de rechtvaardiging van deze aansprakelijkheid niet eenduidig was – genoemd werden wel de profijtgedachte, de eenheid van onderneming, het argument van schadespreiding, het verschaffen van een solvete debiteur, evenals de gevaartheorie –,<sup>4</sup> was het bestaansrecht van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 1403 lid 3 OBW onomstreden.<sup>5</sup> Hiermee kende het OBW maar één kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen, de voorloper van het huidige art. 6:170.

Een algemene kwalitatieve aansprakelijkheid voor *roerende zaken*, zoals thans art. 6:173, kende het OBW niet. Art. 1403 lid 1 sprak weliswaar van een aansprakelijkheid voor schade door zaken ‘welke men onder zijn opzigt heeft’, maar aansprakelijkheid van de toezichthouder trad alleen in in geval van *eigen* ‘foutief’ gedrag. Daarmee kwam de aansprakelijkheid voor zaken ex art. 1403 lid 1 OBW naast de reguliere foutaansprakelijkheid uit art. 1401 OBW geen zelfstandige betekenis toe.<sup>6</sup> De in art. 1404 OBW geregelde aansprakelijkheid voor *dieren* had aanvankelijk te gelden als foutaansprakelijkheid met een bewijsvermoeden. Veroorzaakte een dier schade, dan werd op basis van art. 1404 OBW vermoed dat de eigenaar of gebruiker van het dier was tekortgeschoten in de zorg en het toezicht met betrekking tot dit dier, welk vermoeden door tegenbewijs kon worden ontzenuwd.<sup>7</sup> In 1980 ging de Hoge Raad om door te oordelen dat de eigenaar

<sup>2</sup> Vgl. Hoekzema 2000, p. 43-47.

<sup>3</sup> Zie reeds HR 10 juni 1955, *NJ* 1955/552, m.nt. LEHR (*Het Noorden/NHL*). Zie ook Hoekzema 2000, p. 41-42.

<sup>4</sup> Klaassen 1991, p. 45-48, met verwijzingen; Hoekzema 2000, p. 43-47.

<sup>5</sup> Hoekzema 2000, p. 46.

<sup>6</sup> Zie in plaats van velen reeds HR 4 maart 1870, *W* 3191 (*Baron d'Elderen/Staat der Nederlanden*) en als sluitstuk het nog onder vigeur van het OBW gewezen arrest HR 19 februari 1993, *NJ* 1996/318 (*Kube & Kubenz/Freriks*). Zie ook Klaassen 1991, p. 78-80; Lubach 2005, p. 44-46. Hiermee werd art. 1403 lid 1 OBW, afkomstig uit art. 1384 Cc, overigens op geheel andere wijze uitgelegd dan in Frankrijk zelf en ook België, waar wel een zelfstandige en algemene ‘risicoaansprakelijkheid’ voor (gebrekkige) zaken werd aanvaard. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/204-211.

<sup>7</sup> HR 15 oktober 1915, *NJ* 1915/1071; *W* 9937, m.nt. EMM (*Gemeente Winschoten/Hofsteenge*); HR 2 januari 1931, *NJ* 1931/348, m.nt. EMM (*Klaaswaalse koe*); HR 21 juli 1944, *NJ* 1944/466 (*Rackwitz/Van Driel*); HR 22 maart 1946, *NJ* 1946/194 (*Beijnes/Lekx*); HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*) en HR 1 juli 1977, *NJ* 1978/73, m.nt. GJS (*Van Doorn/Van Blokland*).

of gebruiker van het dier zich niet (meer) aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te bewijzen dat hij niet tekort was geschoten in de zorg en waakzaamheid die met betrekking tot het dier van hem konden worden geveerd.<sup>8</sup> Sindsdien ging art. 1404 OBW als ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid door het leven. Als grondslag daartoe had te gelden het gevaar dat schuilt in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat in die energie ligt opgesloten.<sup>9</sup> Art. 1404 OBW wordt wel als directe voorloper van art. 6:179 jo. 181 gezien.<sup>10</sup> Het OBW kende wél van meet af aan een ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade door de instorting van *gebouwen*.<sup>11</sup> Art. 1405 OBW, de voorloper van art. 6:174, wees steeds de eigenaar als aansprakelijke aan.<sup>12</sup> Deze kon zich niet disculperen door aan te tonen dat een verzuim van onderhoud of gebrek in de bouwing of inrichting niet aan hem was te wijten: de eigenaar ‘als zodanig’ werd verantwoordelijk gesteld.<sup>13</sup> Aan de rechtsgrond van deze aansprakelijkheid zijn vele theoretische beschouwingen gewijd,<sup>14</sup> maar de Hoge Raad wees (enkel) op de gedachte van het voorkomen van een voor de benadeelde moeilijke speurtocht naar degene die ‘schuld’ had aan de instorting: de benadeelde moet voor het verkrijgen van een schadevergoeding ‘in ieder geval’ bij de eigenaar van het gebouw terecht kunnen.<sup>15</sup>

Uiteindelijk kende het OBW dus slechts één kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen (ondergeschikten, art. 1403 lid 3 OBW) en twee kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken (gebouwen, art. 1405 OBW en dieren, art. 1404 OBW). Een voorganger van art. 6:181 kende het OBW niet. Een verklaring voor maar weinig kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW is dat ten tijde van de beraadslaging over en invoering van het OBW in 1838 het zogenoemde ‘schuldbeginsel’ hoog in het vaandel stond. De heersende opvatting was dat alleen persoonlijk verwijtbare schadeveroorzaking tot aansprakelijkheid kon leiden.<sup>16</sup> Die gedachte had een grote invloed op de Europese codificaties van het einde van de 18<sup>e</sup> en het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw.<sup>17</sup> Hiermee viel aansprakelijkheid *in kwaliteit* voor het gedrag van een ander of voor een zaak moeilijk te rijmen. Dit verklaart ook dat de ‘bijzondere’ aansprakelijkheden voor kinderen (art. 1403 lid 2 OBW) evenals leerlingen en knechten (art. 1403 lid 4 OBW) via de techniek van een weerlegbaar foutvermoeden gekoppeld bleven aan het eigen ‘foutieve’ gedrag van de aansprakelijke persoon. Op eenzelfde wijze was ook de aansprakelijkheid voor dieren

8 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. GJS (*Stierkalf*).

9 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/415, m.nt. Van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*).

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/248; Van Dam 2000, p. 350; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1382. Uit met name par. 4.4.1 zal evenwel blijken dat voor de uitleg van art. 6:179 jo. 181 weinig houvast is te vinden bij art. 1404 OBW.

11 HR 29 mei 1925, *NJ* 1925/750 (*Haarlemmerdijk*); HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509, m.nt. GJS (*Amercentrale*).

12 In uitzonderlijke gevallen werd ex art. 1405 OBW ‘de zich als eigenaar gedragende bezitter’ als aansprakelijke aangewezen, getuige HR 18 februari 1859, *W* 2037 (*Recht/Servaas*) en Hof Den Bosch 23 oktober 1980, *NJ* 1981/287 (*BBA/Ziekenfonds Midden-Brabant*).

13 Opzoomer 1879, p. 340; Scholten 1899, p. 42-43; Land 1907, p. 327; Schut 1963, p. 205; Bruins 1906, p. 80-82; Asser/Rutten 4-III 1961, p. 538-339; Klaassen 1991, p. 104-105 en 217-218.

14 Klaassen 1991, p. 105-109.

15 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509, m.nt. GJS (*Amercentrale*). Zie over art. 6:174 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*).

16 Hoekzema 2000, p. 27; Lubach 2005, p. 17-20; Verheij 2015, p. 11-12.

17 O.a. Schut 1974, p. 57; Van Maanen 1986, p. 231.

ex art. 1404 OBW aanvankelijk geen ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid. Zelfs in de wel van meet af aan bestaande kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 1403 lid 3 OBW) klonk het schuldbeginsel nog duidelijk door, namelijk vanwege de techniek van een *onweerlegbaar* vermoeden van ‘schuld’ van de meester. In de redactie van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 1405 OBW, waarin werd gesproken van de instorting van een gebouw te wijten aan een ‘verzuim van onderhoud’, valt evenzeer nog een ‘schuldelement’ te herkennen.

Een andere verklaring voor maar weinig kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW is dat in de destijds nog overzichtelijke en niet geïndustrialiseerde en gemechaniseerde samenleving vaak wel met het ‘schuldbeginsel’ kon worden volstaan.<sup>18</sup> Veroorzaakte een zaak schade, dan viel die gebeurtenis meestal wel te herleiden tot een menselijk doen of nalaten in de zin van art. 1401 en 1402 OBW *in relatie tot* die zaak.<sup>19</sup> Hoewel het strikt genomen de zaak was die de schade veroorzaakte, speelde die zaak dan geen rol in de juridisch-dogmatische constructie ter vestiging van de aansprakelijkheid. Naast personen waren het in de nog weinig complexe samenleving van destijds voornamelijk dieren (door eigen energie) en gebouwen (door instorting) die werkelijk zelfstandig schade veroorzaakten, in die zin dat ten aanzien van de schadeveroorzaking een menselijke ‘fout’ niet steeds (gemakkelijk) aanwijsbaar was en aldus via het schuldbeginsel niet altijd een bevredigende oplossing kon worden bereikt.<sup>20</sup>

Een verklaring voor weinig kwalitatieve aansprakelijkheid in het OBW is ook dat het politiek-liberale klimaat in die tijd nadrukkelijk was gericht op economische groei. De economische politiek van ‘laissez faire’ bood de individuele burger een ruime mate van vrijheid en het ontplooiën van economische initiatieven werd gestimuleerd. Een vergaand aansprakelijkheidsregime, waarbij ook zonder ‘schuld’ aansprakelijkheid zou kunnen intreden, werd geacht een onwenselijk remmende werking op de expansie van handel en industrie te hebben.<sup>21</sup>

Tot slot is relevant dat waar desondanks op deelterreinen wel behoefte bestond aan afwijking van het ‘schuldbeginsel’, zoals ten aanzien van ongevallen in het verkeer of op het werk, de betreffende aansprakelijkheden niet in het OBW maar in afzonderlijke deelwetgeving werden geregeld.<sup>22</sup>

18 Hoekzema 2000, p. 27.

19 Völlmar 1952, p. 395-396; Milo 1997, p. 14. Bleek een zaak ondeugdelijk met schade tot gevolg, dan leverde dit al gauw ‘schuld’ op van degene die deze zaak voor gebruik ter beschikking had gesteld. Vgl. HR 6 april 1933, *NJ* 1933/881 (*Zootjes/Loos*).

20 Dat ‘zelfstandige’ schadeveroorzaking door ondergeschikten, dieren en gebouwen van alle tijden is, blijkt ook uit het feit dat in het Romeinse recht al verre voorlopers van de kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 1403 lid 3 (ondergeschikten), 1404 (dieren) en 1405 OBW (gebouwen) zijn te vinden. Zo bestond reeds een aansprakelijkheid *in hoedanigheid* voor schade veroorzaakt door een ander feit dan een eigen daad op grond van de *actio de effusis vel deiectis* (gebouwen), *noxale acties* (kinderen en slaven) en de *actio de pauperie* (dieren). Zie nader Hoekzema 2000, p. 10-47; Feenstra 1990, p. 129-130, 166; Derine 1982, p. 336; Spruit 2001, p. 360-361; Lokin 1999, p. 289; Feenstra 2002, p. 12-13; Schrage 1998, p. 40.

21 Vgl. Nieuwenhuis 1983, p. 583; Van Maanen 1986, p. 121-154; Feenstra 2002, p. 19; Sieburgh 2000, p. 114-115; Verheij 2015, p. 11-12.

22 Vgl. de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het spoorwegwezen (Sporwegwet 1859 en 1875), motorrijtuigen (Motor- en Rijwielwet 1905, vervangen door de WVV 1935, in werking getreden in 1951 en in 1994 vervangen door de huidige WVV), vliegtuigen (Luchtvervoerswet 1936) en arbeidsongevallen (Ongevallenwet 1901).

### 2.3 Forse uitbreiding van kwalitatieve aansprakelijkheid in het NBW

De kiem van de transformatie van het qua kwalitatieve aansprakelijkheid ‘sobere’ OBW in de huidige kleurrijke afd. 6.3.2 BW, is gelegen in de Industriële revolutie in het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw. Het maatschappijbeeld veranderde ingrijpend door de uitvinding van de stoommachine en andere industriële en technologische ontwikkelingen. De samenleving werd technisch en organisatorisch ingewikkelder en veelomvattender.<sup>23</sup> Onderlinge verantwoordelijkheden en verhoudingen werden door schaalvergroting ondoorzichtiger, organisatiestructuren kenden meer schijven en tussenschakels dan voorheen. Met een steeds intensiever productieproces en almaar groeiende maatschappelijke bedrijvigheid steeg ook het aantal schadegevallen door ‘het bedrijfsleven’. Bestaande gevaren namen toe en geheel nieuwe risico’s zagen het licht.<sup>24</sup> Technologische ontwikkelingen en automatisering leidden ertoe dat meer en meer sprake was van ‘zelfstandig’ schadeveroorzakende zaken, zonder direct aanwijsbare menselijke betrokkenheid.<sup>25</sup> Wellicht was ‘ergens in de keten’ wel een menselijke fout gemaakt, maar voor benadeelden – als buitenstaander – was het veelal ondoenlijk in het netwerk van alle betrokkenen aan te tonen wat er precies fout was gegaan en/of wie de desbetreffende ‘fout’ had gemaakt. Vranken wees er treffend op dat in de verander(en)de samenleving de ‘schuldvraag’ werd fijngemalen in een netwerk van betrokkenen, die allemaal slechts voor hún onderdeel aansprakelijk waren, niemand voor het geheel.<sup>26</sup> Het traditionele ‘fout-vereiste’ stelde benadeelden steeds vaker voor (bewijs)problemen. Nadat aanvankelijk de vrijheid van economische activiteit hoger werd gewaardeerd, kreeg gaandeweg de gedachte van slachtofferbescherming een steeds sterker accent.<sup>27</sup> De ‘traditionele’ regeling van art. 1401 en 1402 OBW begon daarbij te wringen.<sup>28</sup> Mede tegen de achtergrond van een toenemende verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheidsrisico’s, werd steeds breder gedragen de redenering dat de schade primair gedragen diende te worden gedragen door (de verzekeraar van) degene die in bedrijfsmatig verband het ‘verhoogde’ gevaar in het leven had geroepen. Hieraan diende het ontbreken van persoonlijke verwijtbaarheid niet af te doen. Het werd onredelijk(er) geacht dat de schade van de alsdan eveneens ‘onschuldige’ benadeelde onvergoed zou blijven.<sup>29</sup> In de almaar complexer en gevaarlijker wordende samenleving behoorden benadeelden steeds langs eenvoudig vaststelbare weg hun schade vergoed te kunnen krijgen. Het is tegen deze achtergrond dat in het NBW ten opzichte van het OBW de forse uitbreiding van het aantal gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid plaatsvond.<sup>30</sup>

23 Tjittes 1995, p. 274.

24 Scholten 1899, p. 12-34; Valkhof 1949, p. 12-14; Lindenbergh 2016, p. 5-8.

25 Nieuwenhuis 1983, p. 583-584, wees er treffend op dat de techniek niet alleen de hand versterkte, maar zich daarvan ook ‘losmaakte’.

26 Vranken 1988, p. 245, 252.

27 Zo meent Van Maanen 1984, p. 389-393 en 412-417, dat de opkomst van de trein – en een daarmee gepaard gaande toename van ongevallen – heeft geleid tot een belangrijke principiële doorbraak in de ontwikkeling van de ‘risicogedachte’. Art. 1 van de Spoorwegwet van 1859 bracht namelijk een omkering van de bewijslast ten gunste van degene die ‘bij de uitoefening der dienst’ schade leed. Dit werd wel gezien als een eerste afwijking van de strikte toepassing van het schuldbeginnsel. Zie ook Klaassen 1991, p. 80-81.

28 Vgl. Oldenhuis 1985, p. 2.

29 O.a. Oldenhuis 1985, p. 1-4 en Klaassen 1991, p. 212-213; Oldenhuis 2014, p. 118. Zie voorts *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 16.

30 Zie ook Lubach 2005, p. 138 e.v.; Verheij 2015, p. 11.

Het concrete fundament van de huidige afd. 6.3.2 BW is gelegen in de zogeheten vraagpuntenprocedure, aan de hand waarvan wetsontwerper Meijers<sup>31</sup> met de volksvertegenwoordiging overlegde over bepaalde hoofdzaken van het nieuw te ontwerpen burgerlijk recht.<sup>32</sup> Een van deze vraagpunten ('Vraagpunt 15') stelde aan de orde of een 'bijzondere' aansprakelijkheid voor 'gevaarlijke voorwerpen' wenselijk werd geacht.<sup>33</sup> Hierbij werd behoudens motorrijtuigen in beweging in ieder geval gedacht aan in gebruik zijnde machines en werktuigen, dieren, springstoffen, licht ontvlambare stoffen en vuurwapens.<sup>34</sup> Het antwoord op Vraagpunt 15 van de Minister van Justitie en de vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht luidde bevestigend.<sup>35</sup> De uitwerking hiervan heeft uiteindelijk geresulteerd in de in afd. 6.3.2 BW opgenomen kwalitatieve aansprakelijkheden voor roerende zaken, opstallen, dieren en – na een omweg – gevaarlijke stoffen.<sup>36</sup> Dat het bieden van (financiële) bescherming tegen 'gevaarlijke voorwerpen' de grondgedachte achter de in afd. 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheden voor zaken is, is bevestigd in de toelichting op de Aanvullingswet 1995. Hierin kwam niet alleen het toen (alsnog) in te voeren art. 6:175 aan de orde, maar werd ook nog eens ingegaan op de al in 1992 ingevoerde art. 6:173, 174 en 179:

'Aan al deze aansprakelijkheden ligt dezelfde gedachte ten grondslag, nl. dat het hier gaat om bronnen van verhoogd gevaar en dat, zo dit gevaar zich verzeenlijkt, de slachtoffers hun bescherming dienen te vinden in een aansprakelijkheid van degene die voor het uit deze bron voortvloeiende gevaar verantwoordelijk moet worden geacht.'<sup>37</sup> (curs. AK)

Bezien we de ontwikkeling die afd. 6.3.2 BW sinds haar invoering in 1992 tot op heden heeft doorgemaakt, dan blijkt sprake te zijn van een trend van steeds meer kwalitatieve aansprakelijkheid. In de oorspronkelijke afd. 6.3.2 BW keerden, gelet op de 'bijzondere' aansprakelijkheden die het OBW al kende, allereerst weinig verrassend de 'traditionele' aansprakelijkheden voor ondergeschikten (art. 6:170), opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179) terug. Hiernaast waren op het gebied van de aansprakelijkheid voor *personen* 'nieuw' de aansprakelijkheid voor kinderen tot veertien jaar (art. 6:169 lid 1),<sup>38</sup> zelfstandige hulppersonen (art. 6:171) en vertegenwoordigers (art. 6:172). 'Nieuw' in 1992 op het gebied van *zaken* waren de

31 De Leidse hoogleraar Eduard Maurits Meijers (1880-1954) ontving in 1947 de Koninklijke opdracht een nieuw BW te ontwerpen ter vervanging van het uit 1838 stammende OBW. Zie hierover ook par. 2.5.

32 Zie nader over de vraagpuntenprocedure Sütö 2004, p. 63-76.

33 Parl. gesch. Boek 6, p. 733. Gevraagd werd of de 'bijzondere' aansprakelijkheid van eigenaars van motorrijtuigen op grond van art. 31 WVV (oud) – thans art. 185 WVV – op overeenkomstige wijze gelegd diende te worden op eigenaars van *andere* 'gevaarlijke voorwerpen'.

34 Parl. gesch. Boek 6, p. 734, 737, 743.

35 Parl. gesch. Boek 6, p. 733-735.

36 De aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen werd in 1983 bij de zogenoemde 'Stofkam-operatie' uit het ontwerp voor Boek 6 geschrapt en werd in het – door de Aanvullingswet 1995 bestreken – bredere perspectief van de aansprakelijkheid voor milieuschade geplaatst. Zie Parl. gesch. Voortgang (Inv. 3, 5 en 6), p. 32; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1343-1346, 1390-1392.

37 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-8. Zie zelfs onder referentie aan de zojuist genoemde vraagpuntenprocedure *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 12.

38 De op een vermoeden van fout gebaseerde aansprakelijkheid van ouders voor kinderen uit lid 2 van art. 1403 OBW keerde terug in lid 2 van art. 6:169 (kinderen van 14 en 15 jaar). Een specifieke aansprakelijkheid van onderwijzers voor leerlingen als lid 4 van art. 1403 OBW kent het huidige BW niet; deze is opgegaan in de algemene foutaansprakelijkheid ex art. 6:162.

aansprakelijkheid voor roerende zaken (art. 6:173), de aansprakelijkheid voor openbare wegen, leidingen en die van de erfpachter (art. 6:174 lid 2), evenals die van de bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181). Ondertussen was per 1 november 1990 al een kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent voor gebrekkige producten ingevoerd, de huidige afd. 6.3.3 BW.<sup>39</sup> Een belangrijke aanvulling van afd. 6.3.2 BW betrof de toevoeging in 1995 van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (6:175), stortplaatsen (6:176) en mijnbouwwerken (6:177).<sup>40</sup> Deze laatste bepaling werd in 2003 nog uitgebreid met een bepaling over aansprakelijkheid voor bodemdaling. Bij diezelfde gelegenheid werd door middel van een nieuw lid 3 van art. 6:174 een afzonderlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van ondergrondse werken ingevoegd.<sup>41</sup> In 2005 werd de reikwijdte van art. 6:173 uitgebreid, in die zin dat voortaan ook de – tot dan toe in lid 3 uitgezonderde – motorrijtuigen onder de hoofdregel van lid 1 vallen.<sup>42</sup> In 2008 werd art. 6:174 uitgebreid, door in lid 2 naast de leidingbeheerder ook een aansprakelijkheid van de kabelbeheerder op te nemen.<sup>43</sup> Met een initiatiefvoorstel werd voorts nog getracht de aansprakelijkheid voor kinderen ex art. 6:169 uit te breiden, maar dit sneuvelde in 2015 in de Eerste Kamer.<sup>44</sup> Ondertussen was op 1 januari 2013 wel het nieuwe art. 3:2a ingevoerd met betrekking tot de ‘ontzakelijking’ van dieren.<sup>45</sup> Per 31 december 2016 werd het nieuwe art. 6:177a ingevoegd, waarmee een wettelijk bewijsvermoeden werd geïntroduceerd met als doel het versterken van de (bewijs)positie van benadeelden met aardbevingsschade door gaswinning uit het Groningenveld.<sup>46</sup> De laatste wijziging van afd. 6.3.2 BW betreft de uitbreiding per 1 januari 2017 van het toepassingsbereik van de aansprakelijkheid voor openbare wegen ex lid 2 van art. 6:174 met de aansprakelijkheid voor waterstaatswerken.<sup>47</sup>

Inmiddels dekt de titel van afd. 6.3.2 BW – ‘Aansprakelijkheid voor personen en zaken’ – de lading niet meer. Dieren worden niet meer als zaken in de zin van art. 3:2 gezien, terwijl de in 1995 aan de afdeling toegevoegde gevaarlijke stoffen, eenmaal ontsnapt aan de menselijke beheersing, evenmin (nog) zaken zijn als bedoeld in art. 3:2. Thans valt afd. 6.3.2 BW uiteen in een aansprakelijkheid voor personen (art. 6:169-172) enerzijds en anderzijds zaken, stoffen en dieren (art. 6:173-184).<sup>48</sup> Deze bonte afdeling toont dat het verschijnsel kwalitatieve

39 Ter implementatie van een in 1985 tot stand gekomen EG-richtlijn (*PbEG* 1985, L 210/29), aanvankelijk ingevoerd in art. 1407a-1407i OBW (*Kamerstukken* nr. 19636) en na de inwerkingtreding van Boek 6 BW in 1992 zonder inhoudelijke aanpassingen ondergebracht in afd. 6.3.3 BW (*Kamerstukken* nr. 21430).

40 In het kader van de Aanvullingswet 1995. Het ontwerp voor deze wet werd in 1989 bij de Tweede Kamer ingediend en in 1993 aangenomen. Een jaar later volgde de Eerste Kamer, waarna de wet in werking trad op 1 februari 1995.

41 *Kamerstukken* nr. 26219.

42 *Kamerstukken* nr. 29955.

43 *Kamerstukken* nr. 30475.

44 *Kamerstukken* nr. 30519, i.h.b. *Kamerstukken I* 2014/15, 30519, 31, item 6.

45 *Kamerstukken* nr. 31389, i.h.b. *Kamerstukken II* 2009/10, 31389, 68.

46 *Kamerstukken* nr. 34041.

47 *Kamerstukken* nr. 34436. Naar aanleiding van HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*) is de beheerder van een ‘waterstaatswerk’ (ontleend aan art. 1.1 Waterwet) op één lijn gesteld met de beheerder van de openbare weg.

48 Art. 6:183 lid 1, dat handelt over het jeugdige kind alsmede de geestelijke en lichamelijke tekortkoming, heeft op de gehele afd. 6.3.2 BW betrekking.



aansprakelijkheid vandaag de dag – anders dan onder het OBW – niet meer als ‘uitzonderlijk’ heeft te gelden.<sup>49</sup> Tegenwoordig is het algemeen geaccepteerd dat in bepaalde gevallen ook buiten het traditionele ‘fout-vereiste’ (afd. 6.3.1 BW) schadeverplaatsing naar een ander mogelijk behoort te zijn.<sup>50</sup>

## 2.4 Argumenten voor kwalitatieve aansprakelijkheid

De in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren worden ondanks hun bijzondere potentieel om personen of zaken schade toe te brengen in de maatschappij aanvaard. Wanneer de aan deze ‘gevaarsobjecten’ verbonden verhoogde gevaren zich verwezenlijken, mogen de ‘toevallige’ slachtoffers daarvan volgens de wetgever niet met hun schade blijven zitten. De schade behoort voor rekening te komen van degene die het betreffende ‘verhoogde gevaar’ om hem moverende redenen heeft opgewekt en zich in beginsel gemakkelijk tegen de gevolgen van aansprakelijkheid kan verzekeren.<sup>51</sup> In een samenleving die door alle technologische en sociaal-economische ontwikkelingen niet alleen gevaarlijker maar ook onoverzichtelijker was geworden, heeft de wetgever voor wat betreft de verschillende aansprakelijkheden/aansprakelijkheidsrisico’s een ‘overzichtelijk’ geheel willen bieden, in de latere literatuur ook wel *centralisering van aansprakelijkheid* genoemd.<sup>52</sup> Onder dit algemene begrip worden wel drie rechtsinstrumenten begrepen ter nadere aanduiding van de verschillende varianten waarvan de wetgever zich in dit verband heeft bediend: kanalisering van aansprakelijkheid, segmentering van aansprakelijkheid en klevende aansprakelijkheid.<sup>53</sup> *Kanalisering van aansprakelijkheid* houdt in dat ter zake van één gebeurtenis niet op meerdere personen tegelijk een kwalitatieve aansprakelijkheid rust, maar dat deze steeds naar één duidelijk aanwijsbare persoon wordt geleid.<sup>54</sup> Hiervan vormt art. 6:181 bij uitstek een voorbeeld.<sup>55</sup> een concentratie van aansprakelijkheid bij ‘het bedrijf’ voor de risico’s die zijn verbonden aan de zaken die in de uitoefening daarvan worden gebruikt. Onder *segmentering van aansprakelijkheid* wordt begrepen dat de aansprakelijkheid steeds wordt gelegd op degene ‘in wiens handen’ het gevaarsobject zich bevond op het moment van de schadeveroorzaking.<sup>56</sup> Dit mechanisme is aan de orde bij de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, die telkens ‘meeverhuist’ naar een volgende schakel in de keten van betrokken bedrijven. *Klevende aansprakelijkheid* houdt in dat de aansprakelijkheid steeds blijft

49 Zie voor ‘koudwatervrees’ ten aanzien van ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid onder vigeur van het OBW bijvoorbeeld HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509, m.nt. GJS (*Amercentrale*) en Rb. Rotterdam 8 juni 1990, *NJ* 1991/210 (*Overlijden na hondenbeet*). Ruimhartiger, in ieder geval voor wat betreft art. 6:169, is inmiddels HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Boekema/X c.s.*).

50 In deze zin reeds voorafgaande aan de invoering van afd. 6.3.2 BW in 1992 is Klaassen 1991, p. 24. Overigens moet het verschil tussen fout- en kwalitatieve aansprakelijkheid ook niet in alle gevallen worden overschat. Zo spelen blijkens de *Wilnis*-doctrine ‘foutelementen’ bijvoorbeeld een voornamelijk rol op het terrein van art. 6:173 en 174.

51 *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 16.

52 Vranken 1988, p. 253; Tjittes 1995, p. 274.

53 Tjittes 1995, p. 274; Spier en Sterk 1995, p. 32; Vanden Borre 2001, p. 175 e.v.

54 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8 en 24; Tjittes 1995, p. 274; Jansen 2007, p. 166.

55 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8-9.

56 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

berusten bij één persoon, ook als het gevaarsobject zich ten tijde van de schadeveroorzaking in handen van een ander bevindt.<sup>57</sup> Deze gedachte ligt ten grondslag aan de regeling van de productenaansprakelijkheid (afd. 6.3.3 BW).<sup>58</sup> Achter de voornoemde drie rechtsinstrumenten gaat een gemeenschappelijke gedachte schuil: het voorkomen van ingewikkelde samenloopproblemen die het aansprakelijkheidsrecht voor zowel benadeelden als potentieel aansprakelijken onoverzichtelijk maken. Benadeelden moeten vlot weten op wie zij hun pijlen kunnen richten om schadevergoeding te krijgen, terwijl (potentieel) aansprakelijken zo goed mogelijk moeten kunnen inschatten wie voor welk risico aansprakelijk is met het oog op het kunnen (door)berekenen van de kosten daarvan en/of het afsluiten van een verzekering.<sup>59</sup>

Bij dit alles moet voor ogen worden gehouden dat de hoofdregel in het civiele aansprakelijkheidsrecht inhoudt dat eenieder zijn eigen schade draagt, tenzij een 'goede grond' bestaat voor afwenteling daarvan op een ander.<sup>60</sup> Het aansprakelijkheidsrecht biedt dergelijke 'gronden' en probeert, gelet op de maatschappelijke omstandigheden, steeds tot een zo passend mogelijke verdeling van nadeel te komen.<sup>61</sup> Een algemene gedachte van *slachtofferbescherming*, zoals die achter afd. 6.3.2 BW schuilgaat, geeft nog geen antwoord op de vraag *waarom* het gerechtvaardigd is voor een concreet schadegebeuren extra bescherming te creëren, in die zin dat iemand ook gehouden is schade te vergoeden zonder zelf 'foutief' te hebben gehandeld. Het enkele streven om 'overzichtelijkheid' te creëren en benadeelden in bepaalde gevallen een betere (bewijs)positie te verschaffen dan zij sec aan art. 6:162 kunnen ontlennen, is op zichzelf onvoldoende reden om de schade dan maar op een ander, die geen 'fout' heeft gemaakt, af te wentelen. Schade van de een kan niet 'zomaar' op een willekeurige ander worden afgewenteld.<sup>62</sup> In de loop der tijd zijn vele pogingen ondernomen om dé grondslag c.q. rechtvaardiging voor het verschijnsel 'kwalitatieve aansprakelijkheid' te geven. Aangenomen wordt echter wel dat één gemeenschappelijke rechtsgrond voor de gehele afd. 6.3.2 BW niet valt te geven.<sup>63</sup> Daarvoor lopen de gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid te zeer uiteen, terwijl de verschillende aansprakelijkheden bovendien ook niet aan de hand van slechts één argument of gedachte zijn te verklaren maar steeds berusten op een samenstel van overwegingen. Zou tóch een gemeenschappelijke grondslag gegeven moeten worden voor de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden, dan wordt daartoe wel gewezen op de *billijkheid*.<sup>64</sup> De redenering is dat in alle gevallen waarin afd. 6.3.2 BW, bij gebreke van een *eigen* 'fout', iemand (toch) verplicht de door een ander geleden schade te vergoeden, de

57 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9.

58 Vgl. ook art. 6:174 lid 3 betreffende ondergrondse werken, dat een aan de laatste bedrijfsmatige gebruiker 'klevende' aansprakelijkheid kent.

59 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8-10.

60 Vgl. Hartlief 1997, p. 11 e.v.

61 In plaats van velen Lubach 2005, p. 134-135, met verwijzingen.

62 Klaassen 1991, p. 48; Hartlief 1997, p. 11 e.v.; Hoekzema 2000, p. 43.

63 Schut 1963, p. 27-44; Klaassen 1991, p. 7-24; Lubach 2005, p. 134-137; Oldenhuis 2014, p. 111-112; Verheij 2015, p. 13-15; Bauw 2015, p. 4; Kolder en Oldenhuis 2017, p. 46-47.

64 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27.

wetgever het ‘onbillijk’ heeft geacht die schade voor rekening van de benadeelde te laten. Hierbij valt direct de kanttekening te plaatsen dat ook de billijkheid als zodanig niet als ‘echte’ gemeenschappelijke grondslag kan fungeren. Ook daarmee is namelijk nog altijd geen antwoord gegeven op de vraag *waarom* het in een concreet geval dan ‘billijk’ is dat de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid op de daartoe aangewezen rust zonder dat deze zelf ‘foutief’ heeft gehandeld. Bij de billijkheid als overkoepelende grondslag is dus nog altijd méér nodig om de doorslag te geven. Hartkamp en Sieburgh spreken zodoende wel van de ‘gemotiveerde billijkheid’ als gemeenschappelijke grondslag van kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>65</sup> De argumenten waarmee deze ‘billijkheid’ per geval van kwalitatieve aansprakelijkheid wordt gemotiveerd, zullen dan uiteen kunnen lopen.

De belangrijkste argumenten die in de totstandkomingsgeschiedenis van afd. 6.3.2 BW en ook in de doctrine ter rechtvaardiging van kwalitatieve aansprakelijkheid zijn aangevoerd, betreffen de volgende.<sup>66</sup> De *gevaartheorie*. Degene die ervoor kiest zijn ‘actieradius’ te vergroten door kinderen in de maatschappij te brengen (art. 6:169), bepaalde personen handelingen voor zich te laten verrichten (art. 6:170 en 171) of gebruik te maken van zaken (art. 6:173, 174, 175, 179, 181) en zodoende voor derden eenzijdig de kans op schade door verwezenlijking van de daarmee in het leven geroepen gevaren verhoogt, dient ook voor die risico’s in te staan tegenover hen die daarvan het slachtoffer worden. De *profijttheorie*. Wanneer de schadeveroorzakende persoon of zaak strekt tot iemands genoegen (kinderen, dieren) of economisch voordeel (hulpverleners, hulpzaken, dieren, gevaarlijke stoffen), dient diegene ook in te staan voor de aan dergelijke objecten verbonden gevaren. De *eenheidsgedachte*. Wanneer een bepaalde ‘eenheid’ aan het maatschappelijk verkeer deelneemt (art. 6:169; eenheid van het gezin, art. 6:170, 171 en 181; eenheid van ‘onderneming’) moet de benadeelde zich, in geval van schade door personen of zaken die tot die eenheid behoren, ook steeds tot (het hoofd van) die eenheid kunnen wenden voor schadevergoeding. *Opspoorbaarheid*. Een theorie die samenhangt met de eenheidsgedachte: vanuit het perspectief van de benadeelde dient (in ieder geval) steeds één gemakkelijk op te sporen persoon – ‘een centraal adres’ – te bestaan die tot schadevergoeding valt aan te spreken. De benadeelde wordt zo een (ondoenlijke) zoektocht naar en bewijsoverlevering van de identiteit van de eventueel ex art. 6:162 ‘schuldige’ bespaard. Tegelijkertijd brengt één centraal adres voor aansprakelijkheid mee dat tijdens de (potentieel) aansprakelijken dubbele verzekeringslasten kunnen worden voorkomen. *Zorg en zeggenschap*. Degene met zeggenschap over (activiteiten met) bepaalde personen en zaken heeft daarover de controle, en wordt in staat geacht de daaraan verbonden risico’s te minimaliseren en schade bij derden door deze personen en zaken zoveel mogelijk te voorkomen. Een dergelijke zeggenschap over de risico’s brengt ook verantwoordelijkheid met zich indien deze zich (toch)

65 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/30. Zo ook A-G Spier in zijn conclusie sub. 5.10 voor HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*).

66 Vgl. *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3 en *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6 en, met diverse verwijzingen, Klaassen 1991, p. 9-24; Sieburgh 2000, p. 181 e.v.; Lubach 2005, p. 133-159; Van Dam 2013, nr. 1001.

verwezenlijken.<sup>67</sup> *Preventieve werking*. De gedachte is dat degene die met een kwalitatieve aansprakelijk is belast, gestimuleerd wordt zich in te spannen om de verwezenlijking van de risico's waarvoor deze aansprakelijkheid bestaat zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>68</sup> *De solventiegedachte*. Om te voorkomen dat benadeelden via de enkele route van art. 6:162 een niet of nauwelijks draagkrachtige debiteur treffen (kinderen, werknemers), beoogt kwalitatieve aansprakelijkheid een persoon met een *deep pocket* te bieden (ouders, werkgever). *Verzekering en schadepreiding*. Kwalitatieve aansprakelijkheid brengt mee dat zónder eigen foutief handelen toch schadeplichtigheid kan bestaan. Wordt een dergelijke 'bijzondere' vorm van aansprakelijkheid aanvaard, dan wordt deze gelegd bij degene die zich daarvoor op relatief eenvoudige wijze kan verzekeren (bezitter, bedrijfsmatige gebruiker).<sup>69</sup> Via het systeem der verzekeringen wordt de schade gespreid en draagt uiteindelijk niet een individu maar een collectiviteit de schade.<sup>70</sup> Degene die bedrijfsmatig handelt (art. 6:170, 171, 175 en 181) heeft temeer een 'risk spreading capacity', aangezien deze de kosten wegens het betalen van schadevergoeding of verzekeringspremies aan zijn afnemers kan doorberekenen via de prijzen van zijn producten of diensten.

Inzicht in de argumenten die voor de diverse aansprakelijkheden van afd. 6.3.2 BW zijn aangevoerd, zijn niet enkel van theoretisch maar ook van praktisch belang, aangezien deze de toepassing daarvan in het concrete geval (kunnen) beïnvloeden.<sup>71</sup> In het vervolg van dit onderzoek zullen wanneer daartoe aanleiding bestaat de gebezigde argumenten voor (de invoering van) art. 6:181 nader aan de orde worden gesteld.

## 2.5 De lange totstandkomingsgeschiedenis van afd. 6.3.2 BW

De vervanging van het OBW door het NBW is uiterst moeizaam verlopen. Dit project verwerd tot het langdurigste wetgevingsproject in de Nederlandse rechtsgeschiedenis. De Leidse hoogleraar Eduard Maurits Meijers (1880-1954) ontving als gezegd in 1947 de Koninklijke opdracht een nieuw BW te ontwerpen dat in de plaats zou treden van het uit 1838 stammende OBW. De algehele verwachting was dat deze hercodificatie van het privaatrecht een jaar of tien in beslag zou nemen. Meijers ging voortvarend van start en had, toen hij onverwachts overleed in 1954, voor een aanzienlijk deel aan zijn opdracht voldaan. Voor onder meer Boek 6 NBW liet hij een concept na. Na Meijers' overlijden werd het werk aan de hercodificatie voortgezet door J. Drion (1915-1964), F.J. de Jong (1901-1974) en J. Eggens (1891-1964),<sup>72</sup> het zogenoemde 'Driemanschap'. Na velen jaren werk aan het ontwerp voor Boek 6, door velen als het belangrijkste deel van het NBW beschouwd,<sup>73</sup> bood het Driemanschap het Ontwerp Meijers (O.M.) in 1961 aan de

67 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

68 *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 3.

69 *Bijv. Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7.

70 Vgl. ook Lubach 2005, p. 152-154.

71 Klaassen 1991, p. 23; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/27.

72 Laatstgenoemde werd in 1958 opgevolgd door G. de Groot (1892-1965).

73 Sütő 2004, p. 14, 149.

minister aan.<sup>74</sup> Het ontwerp was zeer moeizaam tot stand gekomen,<sup>75</sup> waarbij titel 6.3 over de onrechtmatige daad tot het meest omvangrijke werk had behoord.<sup>76</sup> Het werk van het Driemanschap werd kritisch ontvangen vanwege het sterk wetenschappelijke karakter van de teksten. Het ontwerp voor Boek 6 werd aangemerkt als het werk van en voor geleerde juristen. Gevreesd werd dan ook dat het wetboek voor de praktijk maar moeilijk bruikbaar zou zijn.<sup>77</sup> Aan het Driemanschap kwam een einde en de bewerking van de overige delen van Meijers' ontwerp voor het NBW werd aan anderen uitbesteed. Drion, voormalig lid van het Driemanschap, zou als regeringscommissaris leiding gaan geven aan de parlementaire behandeling en de verschillende ontwerpen tot aan de daadwerkelijke invoering begeleiden.<sup>78</sup> Drion overleed echter onverwachts in 1964. Om te voorkomen dat de parlementaire behandeling van het nieuwe verbintenissenrecht ernstige vertraging zou oplopen, werd in 1964 het uit 1961 stammende Boek 6 O.M., behoudens schrijffouten en kennelijke misslagen, ongewijzigd als Regeringsontwerp (R.O.) ingediend.<sup>79</sup> Het advies van de Raad van State noch de destijds verschenen literatuur over en commentaren op het ontwerp waren hierin verwerkt.<sup>80</sup> Evenmin werd een aparte toelichting bij het ontwerp geschreven: in de memorie van toelichting werd volstaan met een verwijzing naar de toelichting van het Driemanschap. In het najaar van 1965 werd Boek 6 O.M. door de Tweede Kamer in behandeling genomen. Op dat moment was het ontwerp al enigszins verouderd en achterhaald.<sup>81</sup> Het Voorlopig Verslag (VV) werd in twee gedeelten uitgebracht: pas in 1971 verscheen het verslag over de eerste van het vijf titels tellende Boek 6 O.M.; het verslag over de titels 2 t/m 5 volgde in 1975.<sup>82</sup>

Inmiddels was Drion opgevolgd door G.E. Langemeijer, die in 1964 startte met het werk aan de Memorie van Antwoord (MvA) en het Gewijzigd Ontwerp (G.O.) voor Boek 3.<sup>83</sup> Zijn rechterhand, W. Snijders, werd in 1971 regeringscommissaris voor Boek 6. Uiteindelijk werd Snijders regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6, alsmede voor de op die Boeken betrekking hebbende invoeringswetgeving. Zo was het aan Snijders om de critici – Boek 6 R.O. was als gezegd in 1964 overhaast ingediend en slecht ontvangen – tegemoet te komen bij zijn werk aan de MvA en het G.O. voor Boek 6. Snijders verwerkte de verschenen literatuur en commentaren, overlegde met de praktijk en deed aan rechtsvergelijking. Tijdens het concipiëren van het G.O. door Snijders (1971-1976) waren bovendien de maatschappelijke inzichten en omstandigheden gewijzigd ten opzichte van de periode

---

74 Ook de uiteindelijk door anderen in het kader van de hercodificatie tot stand gebrachte ontwerpen en toelichtingen daarop zijn naar Meijers genoemd: de Ontwerpen Meijers (O.M.) en de Toelichtingen Meijers (T.M.).

75 Sütö 2004, p. 83; Florijn 1994, p. 150, 195 die spreekt van 'zes jaar ploeteren'.

76 Lubach 2005, 120.

77 Pitlo 1964, p. 16; Florijn 1994, p. 206-207, 233-234, 265, 405; Lubach 2005, p. 120.

78 Florijn 1994, p. 265-266, 455-457.

79 Florijn 1994, p. 290-294.

80 Florijn 1994, p. 291. Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 26.

81 Pitlo 1973, p. 17.

82 Parl. gesch. Boek 6, p. X. Zie ook Florijn 1994, p. 399-416.

83 Florijn 1994, p. 288-290.

van het werken aan Boek 6 O.M. door het Driemanschap (1954-1961).<sup>84</sup> Boek 6 G.O. van de hand van Snijders werd in 1976 ingediend bij de Tweede Kamer. Dit G.O. was ondanks zijn benaming in feite een volledig nieuw ontwerp.<sup>85</sup> Vraagstukken waren opnieuw doordacht en er werd voor andere oplossingen gekozen dan in de tijd van het Driemanschap.<sup>86</sup> In Boek 6 G.O. zag ook art. 6:181 het levenslicht. De bijbehorende MvA was, anders dan normaliter een antwoord op bedenkingen van de Tweede Kamer, de facto een Memorie van Toelichting (MvT) bij een nieuw ontwerp.<sup>87</sup> Na de openbare behandeling van de Boeken 3, 5 en 6 tezamen in 1977 in de Tweede Kamer en in 1980 in de Eerste Kamer,<sup>88</sup> werden deze in 1980 vastgesteld.<sup>89</sup> Het streven was vervolgens om de invoering van de Boeken 3-6 en enkele titels van Boek 7 te laten plaatsvinden in 1984.<sup>90</sup> Het werk aan de invoeringswetgeving bleek daartoe echter te omvangrijk. Om de werkbelasting te verminderen werden Boek 4 en enkele titels van Boek 7 ontkoppeld. Ook werd in 1983 bij de zogenoemde ‘Stofkam-operatie’ de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen uit Boek 6 geschrapt.<sup>91</sup> Vervolgens werd de Invoeringswet van de Boeken 3, 5 en 6 gesplitst in verschillende gedeelten. Het in 1989 vastgestelde vijfde gedeelte bevatte de wijzigingen (en toelichting daarop) van het eerder in 1980 vastgestelde Boek 6.<sup>92</sup> Uiteindelijk traden de Boeken 3, 5 en 6 op 1 januari 1992 in werking, maar liefst 45 jaar na de Koninklijke opdracht aan Meijers in 1947 en 154 jaar na de invoering van het OBW in 1838. De bij de ‘Stofkam-operatie’ in 1983 uit Boek 6 geschrapte aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen werd nóg later ingevoerd, te weten per 1 februari 1995 als onderdeel van de Aanvullingswet 1995.

## 2.6 De beknopte totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:181

Zo lang als de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 6 BW en de daarin opgenomen afd. 6.3.2 BW is, zo kort is die van het individuele art. 6:181. Als geheel nieuwe bepaling werd art. 6:181 in 1976 geïntroduceerd in Boek 6 G.O. Waar het OBW zoals al gezegd een met art. 6:181 vergelijkbare aansprakelijkheid niet kende, kwam ook in het door het Driemanschap geconcipieerde Boek 6 O.M. uit 1964 geen aansprakelijkheid van de ‘bedrijfsmatige gebruiker’ van zaken en dieren voor. In het ontwerp van het Driemanschap was ervoor gekozen de aansprakelijkheid voor zaken te leggen op de *gebruiker*,<sup>93</sup> die voor opstallen op de *bezitter*<sup>94</sup> en

84 Lubach 2005, p. 128.

85 Van der Grinten 1976, p. 1189-1190.

86 Zo werden in het Gewijzigd Ontwerp de aansprakelijkheden voor ondergeschikte en zelfstandige hulp-personen gelijkgeschakeld: de aansprakelijkheid voor laatstgenoemden berustte niet langer op ‘schuld’ van de opdrachtgever, maar werd eveneens als een (echte) kwalitatieve aansprakelijkheid geformuleerd. Op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken werd in het Gewijzigd Ontwerp de bedrijfsmatige gebruiker als aansprakelijke persoon geïntroduceerd, waarover nader par. 2.6.

87 Parl. gesch. Boek 6, p. X. Uitvoerig Florijn 1994, p. 416-425.

88 Uitvoerig Florijn 1994, p. 426-429.

89 Wet van 9 mei 1980 (*Stb.* 432).

90 Boek 1 was reeds in 1971 ingevoerd, Boek 2 in 1976.

91 Parl. gesch. Voortgang (Inv. 3, 5 en 6), p. 32; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1343-1346, 1390-1392.

92 *Stb.* 1989, 290.

93 Art. 6.3.15 O.M., Parl. gesch. Boek 6, p. 742.

94 Art. 6.3.12 O.M., Parl. gesch. Boek 6, p. 752.

die voor dieren op de *onderhouder*.<sup>95</sup> De aansprakelijkheid voor de – later bij de ‘Stofkam-operatie’ in 1983 geschrapte – gevaarlijke stoffen werd neergelegd bij de *bezitter*.<sup>96</sup> In elk van deze aansprakelijkheidsregelingen rustte de aansprakelijkheid in alle gevallen telkens op één en dezelfde persoon. In Boek 6 G.O. werd een hiervan afwijkende, meer verfijnde aanpak gevolgd. De toelichting op Boek 6 G.O. leert dat ‘opnieuw’ is gezien op wie een kwalitatieve aansprakelijkheid voor roerende zaken, opstallen, dieren en – de later geschrapte – gevaarlijke stoffen behoort te rusten.<sup>97</sup> De gemaakte afweging had ertoe geleid voor de verschillende ‘objecten’ de aansprakelijkheid gelijkelijk te leggen bij de *bezitter*.<sup>98</sup> Deze persoon is volgens de toelichting vanuit het perspectief van de benadeelde namelijk gemakkelijk op te sporen, terwijl de bezitter ook degene is voor wie het voor de hand ligt zich desgewenst tegen het risico van de aansprakelijkheid te verzekeren.<sup>99</sup> De bezitter was in Boek 6 G.O. echter niet telkens de aansprakelijke persoon: worden de zaken, dieren of stoffen *in de uitoefening van een bedrijf gebruikt*, dan behoort de aansprakelijkheid volgens de toelichting te rusten op degene die dit bedrijf uitoefent.<sup>100</sup> De gedachte hierachter is dat enerzijds benadeelden een centraal adres voor aansprakelijkheid wordt geboden, terwijl een concentratie van aansprakelijkheid bij het ‘bedrijf’ anderzijds de risico’s voor (potentieel) aansprakelijken overzichtelijk maakt om deze met de nodige precisie te kunnen (door) berekenen en/of verzekeren.<sup>101</sup> De aansprakelijkheid van de ‘bedrijfsmatige gebruiker’ is volgens de toelichting op Boek 6 G.O. voorts geïnspireerd op de wel in het buitenland voorkomende aansprakelijkheid voor ‘gevaarlijke activiteiten’, waarbij het gebruik van zaken, dieren en gevaarlijke stoffen een belangrijke rol speelt.<sup>102</sup>

Boek 6 G.O., met daarin opgenomen het ‘nieuwe’ art. 6:181, werd ruim een jaar na de indiening op 30 januari 1976, door de Tweede Kamer aangenomen op 22 april 1977. De Eerste Kamer volgde op 6 mei 1980, waarna de officiële vaststelling plaats had op 9 mei 1980. In deze relatief korte tijdspanne vanaf de introductie van art. 6:181 tot aan de officiële vaststelling, werd behoudens de beknopte toelichting in de MvA behorende bij het G.O., geen aandacht meer besteed aan (de precieze reikwijdte van) art. 6:181. De bepaling trad vervolgens als onderdeel van afd. 6.3.2 BW weliswaar pas in werking op 1 januari 1992, maar in de periode vanaf de invoeringswetgeving tot aan deze inwerkingtreding werd evenmin nog afzonderlijke aandacht besteed aan art. 6:181.<sup>103</sup> Toen art. 6:181 in 1992 van kracht werd, was deze aansprakelijkheid vanuit wetstechnisch oogpunt dus nog helemaal niet

95 Art. 6.3.11 O.M., Parl. gesch. Boek 6, p. 761.

96 Art. 6.3.16 O.M., Parl. gesch. Boek 6, p. 749.

97 Parl. gesch. Boek 6, p. 745.

98 Resp. art. 6.3.2.5 (roerende zaken), 6.3.2.7 (opstallen), 6.3.2.8 (dieren) en 6.3.2.6 G.O. (gevaarlijke stoffen).

99 Parl. gesch. Boek 6, p. 745. De keuze voor de bezitter is overigens niet zonder kritiek gebleven. Zie Klaassen 1991, p. 85 e.v., met diverse verwijzingen. Zo heeft Schut 1963, p. 188, 200-203, 207-209 en 1976, p. 641-642 wel een lans gebroken voor de beheerder als aansprakelijke persoon. Vanwege (ook) daaraan klevende nadelen wordt de keuze van de wetgever voor de bezitter, bij gebreke van een beter alternatief, niettemin wel als beste gezien; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/229; Klaassen 1991, p. 89.

100 Art. 6.3.2.10 G.O., Parl. gesch. Boek 6, p. 767.

101 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

102 Parl. gesch. Boek 6, p. 746-747.

103 Wel werd het bedrijfsbegrip van art. 6:181 nog met dat van de ontwerpen van art. 6:173 en 171 *tezamen* aan de orde gesteld, zie Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1001 e.v. Zie nader hoofdstuk 6.

voldragen.<sup>104</sup> Treffend is dat de latere toelichting op de Aanvullingswet 1995 werd aangegrepen alsnog uitgebreid in te gaan op de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken die al in 1992 tot wet waren verheven.<sup>105</sup> Ook art. 6:181 kwam hierbij aan de orde, maar echt nieuwe inzichten over de toepassing van deze bepaling leverde dat niet op. Bij gelegenheid van de toevoeging in 1995 van het derde lid aan art. 6:181 betreffende gevaarlijke stoffen werd in de toelichting zelfs in het geheel niet inhoudelijk stilgestaan bij de werkingssfeer van dit nieuwe onderdeel van art. 6:181.<sup>106</sup> Daartoe bestond in mijn ogen echter wel aanleiding, aangezien lid 3 van art. 6:181 binnen deze bepaling – in afwijking van art. 6:181 lid 1 en 2 – naast de *bedrijfsmatige* gebruiker een aansprakelijkheid introduceerde van ook de *beroepsmatige* gebruiker.<sup>107</sup>

## 2.7 Conclusie en afronding

In het in 1838 ingevoerde OBW stond het ‘schuldbeginsel’ hoog in het vaandel: aansprakelijkheid was steeds gekoppeld aan *eigen* ‘foutief’ gedrag van de aansprakelijke persoon. Alleen voor schade veroorzaakt door ondergeschikten, gebouwen en later ook dieren golden ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheden. In het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw nam de stand van de samenleving door de Industriële revolutie een enorme vlucht. Men zag zich niet alleen geconfronteerd met méér, maar ook met ‘nieuwe’ risico’s. In het veranderde maatschappijbeeld richtten zaken meer en meer werkelijk ‘zelfstandig’ schade aan, terwijl betrokken verhoudingen door specialisatie en schaalvergroting ondoorzichtiger werden. Voor benadeelden was het niet zelden ondoenlijk aan te tonen wat er precies was fout gegaan en/of wie de desbetreffende fout had gemaakt. De slachtofferbeschermingsgedachte won steeds meer veld en het traditionele fout-vereiste kwam onder druk te staan. Hierin lag de aanzet tot een forse uitbreiding van het aantal gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid in het, zij het zeer moeizaam tot stand gekomen, huidige BW. Art. 6:181 werd, vergezeld van maar een beknopte toelichting, pas laat in dit wetgevingsproces geïntroduceerd. Van een volwaardig parlementair debat over de precieze werkingssfeer van deze aansprakelijkheid is het niet gekomen. Als gevolg hiervan werd art. 6:181 gekenmerkt door diverse ‘open einden’ in 1992 tot wet verheven. Ook bij gelegenheid van de toelichting op de latere Aanvullingswet 1995 werden deze niet ‘afgehecht’. Sterker nog, de introductie van de ‘beroepsmatige’ gebruiker in het in 1995 aan art. 6:181 toegevoegde lid 3 heeft juist extra vragen opgeroepen.

---

104 Wordt bijvoorbeeld de eveneens in 1992 ingevoerde ‘nieuwe’ aansprakelijkheid voor zelfstandige hulp-persoon (art. 6:171) bezien, dan blijkt dat het Ontwerp-Meijers met art. 6.3.10 O.M. daar al in voorzag, zij het dat toen nog sprake was van een foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast. De literatuur kreeg de kans te reageren en na de nodige reacties en kritiek, ook vanuit de Tweede en Eerste Kamer, verscheen een daarop aangepaste aansprakelijkheid die uiteindelijk als art. 6:171 werd ingevoerd. Zie uitvoerig Lubach 2005, p. 120-133.

105 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3 (MvT) en *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6 (MvA). Vgl. Klaassen 1991, p. 125, die ervan spreekt dat van de gelegenheid gebruik werd gemaakt om met betrekking tot de reeds in werking getreden kwalitatieve aansprakelijkheden misvattingen te voorkomen en/of uit de wereld te helpen.

106 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

107 Zie nader par. 6.4.





## 3 | Kanalisering en samenloop

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 en die van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 centraal: op wie rust een kwalitatieve aansprakelijkheid wanneer de door deze artikelen bestreken zaken bedrijfsmatig worden gebruikt door een ander dan de bezitter? Is dan *zowel* de bezitter *als* de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk, of sluit de aansprakelijkheid van de één die van de ander uit? Cumulatie van aansprakelijkheden zou de verhaalsmogelijkheden van de benadeelde vergroten, terwijl een concentratie van aansprakelijkheid bij de bedrijfsmatige gebruiker beter zou passen bij de gedachte van een ‘centraal adres’ voor aansprakelijkheid. Inmiddels is in HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*) uitgeemaakt dat binnen het stelsel van art. 6:179 jo. 181 telkens *hetzij* de bezitter *hetzij* de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is. Vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming is dit oordeel in de literatuur niet onverdeeld positief onthaald. Zo had de benadeelde in de *Loretta*-zaak de pijlen in rechte enkel gericht op de bezitter van het dier, hetgeen door de toepasselijkheid van art. 6:181 op de betrokken manege – waar de bezitter het paard ‘ter belering’ had ondergebracht – het verkeerde adres bleek. De opvatting van de Hoge Raad, dat binnen het stelsel van art. 6:179 jo. 181 een gelijktijdige aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige niet mogelijk is, wordt in het navolgende aan een nadere beschouwing onderworpen. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de vraag of hetgeen de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest heeft beslist over de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van dieren (art. 6:179), ook geldt voor de eveneens in art. 6:181 genoemde roerende zaken (art. 6:173) en opstallen (art. 6:174).

Verder komt in dit hoofdstuk een aantal *andere* rolverdelingen binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 aan de orde dan die tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker. Hoe liggen de verhoudingen wanneer schade veroorzaakt wordt door de door deze artikelen bestreken zaken in geval van *meerdere* bedrijfsmatige gebruikers (art. 6:181 lid 2)? Denk aan het verhuurbedrijf dat tegen betaling werktuigen en gereedschappen ter beschikking stelt voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander. Kan de benadeelde in een dergelijk geval bij beide bedrijven terecht, of is het telkens van tweeën één? Ten aanzien van de terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen (art. 6:181 lid 3) rijzen vergelijkbare vragen.

Voorts treffen we in afd. 6.3.2 BW een aantal ‘bijzondere’ personen aan dat in specifieke gevallen is belast met een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door art. 6:173, 174, 179 en 181 bestreken zaken. Het gaat om de erfpachter (art. 6:174 lid 2, eerste zin), de weg-, waterstaatswerk-, kabel- en leidingbeheerder (art. 6:174 lid 2, tweede zin), de exploitant van een ondergronds werk (art. 6:174 lid 3), de medebezitter (art. 6:180 lid 1), de verkrijger onder opschortende voorwaarde (art. 6:180 lid 2), alsmede de ouder/voogd (art. 6:183 lid 2). Hoe verhoudt de aansprakelijkheid van deze personen zich tot die van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173, 174, 179 en 181?

Als ‘bijzonder’ persoon wordt tevens aandacht besteed aan de producent die op grond van afd. 6.3.3 BW kwalitatief aansprakelijk is voor schade door gebrekkige producten. Omdat een gebrekkig product als bedoeld in afd. 6.3.3 BW vaak ook kwalificeert als een gebrekkige roerende zaak in de zin van art. 6:173,<sup>1</sup> is relevant de vraag hoe de aansprakelijkheid van de producent uit afd. 6.3.3 BW zich verhoudt tot die van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181. In bepaalde gevallen kwalificeren ook een opstal (art. 6:174) en gevaarlijke stof (art. 6:175) als ‘product’ in de zin van afd. 6.3.3 BW, zodat hier eveneens vragen rijzen betreffende de verhouding tussen de verschillende aansprakelijke personen.

Alle zojuist beschreven gevallen hebben gemeen dat het telkens draait om de ‘wie-vraag’. Op *wie* rust in het voorkomende geval een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door art. 6:173, 174, 175, 179, 181 en afd. 6.3.3 BW bestreken zaken en wie dient zich daarvoor – desgewenst – te verzekeren?

### 3.2 Het leerstuk ‘samenloop’

De problematiek van het in het voorkomende geval aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke persoon plaats ik in de sleutel van het leerstuk ‘samenloop’. Van samenloop is sprake wanneer twee of meer rechtsregels van toepassing kunnen zijn op één rechtsfeit(encomplex).<sup>2</sup> Hiervan kan ook sprake zijn binnen één en dezelfde wetsbepaling.<sup>3</sup> Samenloop levert problemen op indien de toepasselijke regels elkaar niet dekken of aanvullen, zodat een verschillende uitkomst wordt bereikt al naar gelang de ene of de andere norm wordt toegepast. Het is dan de vraag of de betreffende regels tegelijkertijd toepasselijk zijn, en zo nee, welke norm dan moet wijken en welke als toepasselijk geldt. Op het gebied van samenloop kan onderscheid worden gemaakt tussen samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie van dezelfde en verschillende partijen. Samenloop van rechtsregels met betrekking tot de rechtsrelatie tussen dezelfde partijen doet zich voor, indien ter zake van hetzelfde schadefeit twee of meer verschillende grondslagen van aansprakelijkheid in de richting van *dezelfde persoon* wijzen. Denk bijvoorbeeld aan partijen die een contractuele relatie met elkaar hebben, waarbij in

1 Onder ‘product’ in afd. 6.3.3 BW wordt verstaan een roerende zaak, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit (art. 6:187 lid 1).

2 Brunner 1984, p. 1; Boukema 1992, p. 3; Janssen 2007, p. 3; Bakker 2017, p. 136.

3 De verschillende aansprakelijkheidsgronden van art. 6:162 lid 2 bieden hiervan een voorbeeld.

geval van schade door een toerekenbare tekortkoming van een der partijen zich naast de grondslag van wanprestatie (art. 6:74 e.v.) ook een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162) kan voordoen. In geval van samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie tussen verschillende personen, wijst de wet ter zake van hetzelfde schadefeit *verschillende personen* aan als (potentieel) aansprakelijke.<sup>4</sup> Voor deze studie is voornamelijk deze laatste vorm van samenloop interessant. Bezien we art. 6:173, 174, 179 en 181, dan dienen zich in geval van schade veroorzaakt door de door deze bepalingen bestreken zaken immers tegelijkertijd meerdere personen als kwalitatief aansprakelijke aan: de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker, waaraan in bepaalde gevallen nog de hiervoor genoemde ‘bijzondere’ personen kunnen worden toegevoegd. Het leerstuk ‘samenloop’ kan in mijn ogen dienstig zijn ter bepaling van degene op wie in het voorkomende geval binnen afd. 6.3.2 en ook afd. 6.3.3 BW al dan niet een kwalitatieve aansprakelijkheid rust of behoort te rusten. De wetgever zelf heeft er ook blijk van gegeven de vraag, of op grond van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW ter zake van één gebeurtenis tegelijkertijd meerdere personen kwalitatief aansprakelijk (kunnen) zijn, als ‘samenloopprobleem’ te zien.<sup>5</sup>

Uitgangspunt bij samenloop is dat alle in aanmerking komende rechtsregels tegelijk toepassing vinden (*cumulatie*).<sup>6</sup> De gedachte hierachter is dat iedere rechtsregel zoveel mogelijk tot zijn recht dient te komen.<sup>7</sup> Ingeval toepassing van de verschillende normen echter zou leiden tot een resultaat dat in strijd is met het systeem of de strekking van de wet dan wel vanuit praktisch of logisch oogpunt onaanvaardbaar is, heeft de gerechtigde de keuze welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen (*alternativiteit*).<sup>8</sup> Pas indien zowel cumulatie als alternativiteit in strijd zou komen met het systeem of strekking van de wet dan wel tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, wordt aangenomen dat slechts een van de meerdere in aanmerking komende normen kan worden toegepast (*exclusiviteit*).<sup>9</sup> In de woorden van de Hoge Raad:

‘Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.’<sup>10</sup>

4 Verdedigd wordt overigens wel (Janssen 2007, p. 23; Bauw 2015, p. 105) dat van ‘samenloop’ enkel sprake is indien de voor toepassing in aanmerking komende rechtsregels betrekking hebben op de rechtsrelatie tussen *dezelfde* partijen. De problematiek van het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke(n) binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW ziet op rechtsregels die de aansprakelijkheid van *verschillende* personen (kunnen) meebrengen. Boukema 2002, p. 3 en Jansen 2007, p. 165 menen dat ook in het laatste geval van samenloop kan worden gesproken.

5 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8-9, 24.

6 Brunner 1984, p. 10; Boukema 2002, p. 5; Janssen 2007, p. 4.

7 Snijders 1973, p. 454; Bakels 2009, p. 344.

8 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/112, m.nt. Hijma (*Bramer/Colpro*); Brunner 1984, p. 12.

9 Boukema 2002, p. 13; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/165. Zie ook Bakels 2009, p. 337 e.v. die kritisch is over deze ‘klassieke drieslag’.

10 HR 15 juni 2007, *NJ* 2007/621, m.nt. Haak (*Fernhout/Essent*). Zie ook HR 15 november 2002, *NJ* 2003/48, m.nt. Vranken (*AVO/Petri*); HR 21 november 2014, *NJ* 2015/388, m.nt. Haak (*Liander/KWS*) en HR 10 maart 2017, *NJ* 2017/336, m.nt. Keirse (*Catering*).

Ter beantwoording van een samenloopvraag in het concrete geval spelen een rol de tekst van de wet, de bedoeling van de wetgever, de systematiek van het geheel van wettelijke regelingen, alsmede overwegingen met betrekking tot maatschappelijke gevolgen die van cumulatie, alternativiteit dan wel exclusiviteit zijn te verwachten.<sup>11</sup> Op *wie* rust in de voorkomende gevallen van ‘samenloop’ op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW nu wel en op wie juist niet een kwalitatieve aansprakelijkheid? Deze vraag wordt in het navolgende uitgewerkt.

### 3.3 De aansprakelijkheid rust op de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker

#### 3.3.1 De bedoeling van de wetgever

Zodra een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak door een ander dan de bezitter bedrijfsmatig wordt gebruikt in de zin van art. 6:181 en daarbij schade aanricht, dienen zowel de bezitter als bedrijfsmatige gebruiker van deze zaak zich als kwalitatief aansprakelijke aan.<sup>12</sup> Het uitgangspunt in geval van samenloop is als gezegd een cumulatie van rechtsregels, hetgeen in dit verband zou betekenen dat bij toepasselijkheid van art. 6:181 steeds náást de bezitter óók de bedrijfsmatige gebruiker is belast met de aansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179. Uit de tekst van de betrokken wetsartikelen blijkt niet dat de wet zelf een voorschrift bevat dat een uitzondering op het uitgangspunt van cumulatie ‘voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt’.<sup>13</sup> Ter beantwoording van samenloopvragen komt als gezegd ook betekenis toe aan de bedoeling van de wetgever, de systematiek van de betrokken wettelijke regelingen en overwegingen met betrekking tot maatschappelijke consequenties. Aandacht daarvoor is te herkennen in de parlementaire geschiedenis van art. 6:173, 174, 179 en 181. Omtrent de aansprakelijke persoon in geval van schade veroorzaakt door de door deze artikelen bestreken zaken, geeft de toelichting aan (MvA):<sup>14</sup>

‘In het gewijzigd ontwerp is voorts opnieuw aandacht besteed aan de vraag op wie de aansprakelijkheid op grond van de hier besproken artikelen behoort te rusten. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen enerzijds het geval dat de zaak, de stof, de opstal of het dier wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf en anderzijds het geval dat van een zodanig gebruik geen sprake is. Op het eerste geval heeft art. [6:181] betrekking (...). Voor het tweede geval wordt thans als hoofdregel in de artikelen [6:173, 174, 175 en 179] voorop gesteld, dat de aansprakelijkheid rust op de bezitter.’<sup>15</sup>

11 Brunner 1984, p. 13.

12 Nog los van de ‘bijzondere’ personen, waaronder de producent, die later in dit hoofdstuk aan de orde komen.

13 Zo ook Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JA* 2007, 107, m.nt. Kolder (*Valraam ziekenhuis*).

14 Ook art. 6:175 inzake gevaarlijke stoffen behoorde destijds tot deze groep artikelen. Bij de zogenoemde ‘Stofkam-operatie’ in 1983 werd het ontwerp-art. 6:175 (art. 6.3.2.6 G.O.) evenwel geschrapt om later alsnog te worden ingevoerd als onderdeel van de Aanvullingswet 1995.

15 Parl. gesch. Boek 6, p. 745.

Ter illustratie van de wenselijkheid van de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker, geeft de MvA het voorbeeld van een explosie binnen een bedrijf waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden:

‘Het is zeer wel denkbaar dat een ondernemer zijn bedrijf uitoefent op grond in een gebouw waarvan hij eigenaar noch erfpachter is, met machines die hij gehuurd heeft (leasing) en daarbij gevaarlijke stoffen verwerkt of bewerkt die al evenmin zijn eigendom zijn. Vindt in een dergelijk geval bijv. een explosie plaats, waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden, dan moet zich ter vaststelling van de aansprakelijkheid niet een discussie hoeven te ontketenen of de schade nu is ontstaan door een gebrek van een zaak (of een bestanddeel) die door de grond is nagetrokken en waarvan dus de grondeigenaar bezitter was [art. 6:174], dan wel door een gebrek van een zaak die aan de ondernemer was verhuurd en waarvan dus de verhuurder bezitter was [art. 6:173], dan wel door een gevaarlijke stof die door een derde ter verwerking was gegeven [art. 6:175], dan wel door een zaak of een stof waarvan de ondernemer zelf bezitter was of door een fout van een persoon waarvoor hij krachtens de artikelen [6:170] of [art. 6:171] aansprakelijk is. Enerzijds zou dit de benadeelde – hoezeer men met de voormelde aansprakelijkheden stuk voor stuk aan zijn belangen tegemoet beoogt te komen – in de onbevredigende positie plaatsen dat hij tussen vele potentiële aansprakelijken zal moeten kiezen, terwijl de gevolgen voor hem zijn als hij verkeerd kiest. Anderzijds zou dit het risico aan de zijde van het bedrijf buitengewoon onoverzichtelijk maken. Door de aansprakelijkheid te concentreren bereikt men dat het als één risico kan worden berekend en verzekerd en dat de premie zijn bedrijfseconomische rol kan spelen waar zij dit behoort te doen, nl. als verliespost in het bedrijf dat het betreffende bedrijfsrisico loopt.’<sup>16</sup>

Art. 6:181 strekt ertoe in geval van bedrijfsmatig gebruik van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, de kwalitatieve aansprakelijkheid te ‘concentreren’ bij het betreffende bedrijf. Wie door ‘het bedrijfsleven’ schade lijdt, kan zich volgens de toelichting namelijk geconfronteerd zien met een veelheid aan potentiële aansprakelijken. Art. 6:181 strekt ertoe benadeelden een lastige keuze tussen deze verschillende personen te besparen, door telkens een duidelijk aanwijsbare persoon met de aansprakelijkheid te belasten. Om discussie te voorkomen over de vraag door welke binnen het bedrijf aanwezige (gebrekkige) zaak of ‘foutief’ handelende persoon de schade precies is ontstaan en wie daarvoor kan worden aangesproken op basis van de afzonderlijke artikelen 6:173, 174, 179 (zaken) en/of art. 6:162 (personen), fungeert voor de benadeelde ingevolge art. 6:181 en art. 6:170/171 ‘het bedrijf’ steeds als centraal adres voor aansprakelijkheid. Tegelijkertijd is met art. 6:181 beoogd aan de belangen van (potentieel) aansprakelijken tegemoet te komen, door aansprakelijkheidsrisico’s te concentreren en overzichtelijk te maken met het oog op het (door)berekenen en desgewenst verzekeren daarvan. De toelichting spreekt in dit verband ook wel ervan dat art. 6:181 ertoe strekt in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken een ‘versplintering van aansprakelijkheid’ te voorkomen.<sup>17</sup> Deze gedachte is bevestigd in de latere toelichting op de Aanvullingswet 1995 (MvT):<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746.

<sup>17</sup> Parl. gesch. Boek 6, p. 747. Ik vraag mij overigens af of de term ‘versplintering’ in dit verband wel zo gelukkig is gekozen, aangezien daarmee gesuggereerd lijkt te worden dat de aansprakelijkheid bij gebreke van een regel als art. 6:181 uiteenvalt in kleine(re) fragmenten die ieder voor zich geen zelfstandige betekenis hebben. De bedoeling van de wetgever is niettemin duidelijk: de verschillende aansprakelijkheden zoveel mogelijk concentreren op een centraal adres.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8-9.

‘In een reeks van bepalingen zijn de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2, die van dit ontwerp daaronder begrepen, gekanaliseerd, in die zin dat in beginsel ter zake van één gebeurtenis niet op meer personen tegelijk een risicoaansprakelijkheid rust. Dit is wenselijk zowel ter voorkoming van *samenloopproblemen*, die de aansprakelijkheid voor de slachtoffers onoverzichtelijk en derhalve als bescherming minder effectief maken, als ter voorkoming van de noodzaak één zelfde risico meermalen te verzekeren, hetgeen onnodige zware lasten op het bedrijfsleven legt. Deze gedachte wordt, voor wat Boek 6 betreft, tot uiting gebracht in de Parlementaire Geschiedenis, p. 744-747, punten 3 en 4. *Zoals daar wordt gezegd, wordt het beoogde resultaat in belangrijke mate bereikt door (...) artikel [6:181].*’ (curs. AK)

Anders dan in de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp waarin art. 6:181 werd geïntroduceerd, spreekt de toelichting betreffende de problematiek van het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke nu expliciet van ‘samenloop’. Ook wordt expliciet(er) aangegeven dat in het bijzonder met art. 6:181 wordt beoogd ter zake van hetzelfde schadefeit in beginsel steeds maar één persoon kwalitatief aansprakelijk te doen zijn. Waar in de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp nog van ‘concentratie’ van aansprakelijkheid werd gesproken, wordt in de toelichting op de Aanvullingswet in relatie tot art. 6:181 gesproken van ‘kanalisering’ van aansprakelijkheid.<sup>19</sup> Gelet op de bedoeling van de wetgever, de systematiek van het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 alsook de volgens de totstandkomingsgeschiedenis relevante overwegingen met betrekking tot maatschappelijke consequenties (opspoorbaarheid aansprakelijke persoon, voorkomen dubbele verzekeringslasten), moge de strekking van art. 6:181 duidelijk zijn: in geval van toepasselijkheid van art. 6:181 rust ter zake van hetzelfde schadefeit niet tevens een aansprakelijkheid op de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter. Binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 is *cumulatieve* aansprakelijkheid van bezitter én bedrijfsmatige gebruiker dus niet beoogd. Van *alternativiteit*, in die zin dat de benadeelde naar eigen inzicht een keuze mag maken welke rechtsgevolgen (hier: aansprakelijkheid van óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker) hij wenst in te roepen, is evenmin sprake. Art. 6:181 heeft – voor wat betreft de aansprakelijke persoon – *exclusieve werking* ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179,<sup>20</sup> en maakt daarmee een uitzondering op het uitgangspunt dat in geval van ‘samenloop’ alle in aanmerking komende rechtsregels tegelijkertijd toepassing vinden.

### 3.3.2 *Lessen uit art. 1404 OBW*

Dat in geval van toepasselijkheid van art. 6:181 geen aansprakelijkheid op de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter rust maar alleen op de bedrijfsmatige gebruiker, sluit aan bij het oude recht.

<sup>19</sup> In dezelfde zin *Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 24.*

<sup>20</sup> ‘Voor wat betreft de aansprakelijke persoon’, omdat art. 6:181 (enkel) ziet op het bepalen van degene op wie in het voorkomende geval de kwalitatieve aansprakelijkheid rust. Óf diens kwalitatieve aansprakelijkheid intreedt, hangt nog altijd af van de daartoe door art. 6:173, 174 en 179 gestelde materiële vereisten (o.a. gebrekkigheid, eigen energie). Met andere woorden, ook ingeval art. 6:181 toepasselijk is behouden bedoelde vereisten van art. 6:173, 174 en 179 hun gelding. Zie ook par. 4.6.1.

Ik doel op art. 1404 OBW, de aansprakelijkheid voor dieren die zoals gezegd wel als directe voorloper van art. 6:179 jo. 181 wordt gezien. Vanwege de anticiperende interpretatie door de Hoge Raad van art. 1404 OBW in het *Stierkalf*-arrest<sup>21</sup> werd art. 6:179 jo. 181 sinds 1980 de facto zelfs al als geldend recht beschouwd,<sup>22</sup> met dien verstande dat tot de invoering in 1992 van art. 6:179 en 6:181 niet de *bezitter* en *bedrijfsmatige gebruiker* als aansprakelijke personen hadden te gelden, maar ex art. 1404 OBW de *eigenaar* en *gebruiker*.<sup>23</sup> De bepaling luidde:

(Art. 1404 OBW)

‘De *eigenaar* van een dier, of *degene die zich van hetzelfde bedient*, is, zoo lang hetzelfde tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade, welke het dier heeft veroorzaakt, het zij hetzelfde onder zijn toezigt en bewaring dan wel verdwaald of ontsnapt zij.’ (curs. AK)

Veroorzaakte een dier schade, dan dienden zich op grond van art. 1404 OBW in de persoon van de *eigenaar* en *gebruiker* van het dier twee (potentieel) aansprakelijken aan. Omdat binnen art. 1404 OBW zich zodoende een met art. 6:179 jo. 181 vergelijkbare samenloopvraag kon voordoen, komt het interessant voor enige aandacht aan de beantwoording daarvan te besteden.

De Hoge Raad heeft geen misverstand laten bestaan over de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de eigenaar en gebruiker van het dier: naar zijn vaste oordeel konden op voet van art. 1404 OBW beiden niet aansprakelijk zijn voor dezelfde schade. Zo werd in HR 15 oktober 1915, *W 9937 (Gemeente Winschoten/Hofsteenge)*, waarin een paard met wagen op hol sloeg en schade toebracht aan een lantaarnpaal van de gemeente Winschoten, omtrent de strekking van art. 1404 OBW overwogen dat:

‘niet steeds aan den eigenaar als verantwoordelijk voor zijn dier de verplichting tot vergoeding der schade wordt opgelegd, doch daarbij aansprakelijk wordt gesteld óf de eigenaar, óf degene die zich van het dier bedient.’

Van deze lijn is de Hoge Raad in latere rechtspraak niet meer afgeweken: de aansprakelijkheid van de één werd geacht die van de ander uit te sluiten.<sup>24</sup> Hieraan werd ook vastgehouden in gevallen waarin de eigenaar als aansprakelijke werd gezien maar niet tegen wettelijke aansprakelijkheid was verzekerd en de vermeende gebruiker – degene bij wie het dier tijdens het aanrichten van de schade tijdelijk

21 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. GJS (*Stierkalf*).

22 Hierom werd art. 6:179 niet uitgesloten in art. 6:197 (Tijdelijke regeling verhaalsrechten) en kunnen regresnemers zich, anders dan bij de meeste andere vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid, wél beroepen op art. 6:179.

23 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/248; Van Dam 2000, p. 350. Zie ook Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1382, waar omtrent HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/415, m.nt. Van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*) wordt aangegeven dat dit arrest ‘neerkomt op uitleg van het huidige art. 1404 B.W. aan de hand van de nieuwe regel van art. [6:179]’.

24 HR 14 februari 1919, *W* 10412, m.nt. H.d.J. (*APC/Gemeente Groningen*); HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*); HR 8 oktober 1982, *NJ* 1984/2, m.nt. CJHB (*Buisman/RVS*) en HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*).



verbleef – wél: náást de eigenaar kon ex art. 1404 OBW niet nog een ander als ‘gebruiker’ aansprakelijk zijn.<sup>25</sup> En ook in ‘grensgevallen’, zoals in geval van inscharing,<sup>26</sup> waarin wellicht wel wat voor cumulatieve aansprakelijkheid van de eigenaar en een ander als gebruiker viel te zeggen, werd samenloop van aansprakelijkheden niet mogelijk geacht.<sup>27</sup>

In de literatuur werd eveneens onbetwist aangenomen dat ingevolge art. 1404 OBW de aansprakelijkheid steeds op óf de eigenaar óf de gebruiker rustte.<sup>28</sup> De doctrine omschreef art. 1404 OBW daarbij als een ‘alternatieve aansprakelijkheid’. In (huidige) termen van samenloop een minder gelukkige aanduiding, omdat ook onder het oude recht de benadeelde geen keuzemogelijkheid had voor wat betreft de aan te spreken persoon.<sup>29</sup> Zodra onder vigeur van art. 1404 OBW een ander dan de eigenaar als ‘gebruiker’ van het dier had te gelden, gold laatstgenoemde – en niet de eigenaar – als dé aansprakelijke. De aansprakelijkheid van de gebruiker had derhalve *exclusieve* werking ten opzichte van die van de eigenaar van het dier. Overigens was van samenloop binnen art. 1404 OBW maar zelden sprake: vanwege de daaraan te stellen strenge eisen kwalificeerde slechts in uitzonderingsgevallen een ander dan de eigenaar als ‘gebruiker’ van het dier.<sup>30</sup>

De vraag *waarom* cumulatieve aansprakelijkheid van de eigenaar en gebruiker ex art. 1404 OBW niet mogelijk was, heeft maar weinig aandacht gekregen. De aandacht die art. 1404 OBW ten deel viel, betrof voornamelijk de rechtsgrond van de aansprakelijkheid – schuld of risico –, alsmede de vraag wanneer een ander dan de eigenaar als ‘gebruiker’ van het dier had te gelden. Illustratief is dat A-G Biegman-Hartogh, onder verwijzing naar literatuur en rechtspraak, aangeeft dat de ‘alternatieve aansprakelijkheid’ van art. 1404 OBW, voor zover haar bekend, ‘in Nederland altijd onbestreden is gebleven.’<sup>31</sup> Door eenieder leek derhalve voetstoots aangenomen te worden dat samenloop van de aansprakelijkheid van de eigenaar en die van de gebruiker niet mogelijk was.<sup>32</sup> De vraag waaróm dit dan zo was, werd doorgaans niet gesteld.<sup>33</sup> In mijn ogen heeft de aanvankelijke rechtsgrond van art. 1404 OBW een belangrijke rol gespeeld ter aanwijzing van de aansprakelijke persoon. Art. 1404 OBW berustte in eerste instantie op (een vermoeden

25 HR 8 oktober 1982, *NJ* 1984/2, m.nt. CJHB (*Buisman/RVS*).

26 ‘Inscharing’ wil zeggen dat men vee in een gemeenschappelijke of andermans weide doet grazen.

27 HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*), waarin de eigenaar van het dier als aansprakelijke werd aangewezen.

28 Asser/Hartkamp 4-III 1990, p. 176-178; Scholten 1899, p. 36; Wolfsbergen 1946, p. 270; Völlmar 1952, p. 397; Diephuis 1888 (XI), p. 107; Opzoomer 1879 (VI), p. 339; Land 1907 (IV), p. 326; Klaassen 1991, p. 146. Zie ook de conclusie van A-G Tak voor HR 14 februari 1919, *W* 10412, m.nt. H.d.J. (*APC/Gemeente Groningen*), die spreekt van ‘eene alternatieve aansprakelijkheid met dien verstande, dat die van den een die van den ander uitsluit’.

29 Met alternativiteit wordt bedoeld de situatie waarin de gerechtigde *de keuze* heeft welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen. Zie Boukema 1992, p. 12; Klaassen 1991, p. 327.

30 Zie HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*), waarover nader verderop in deze paragraaf. Zie ook par. 7.3.2.

31 Conclusie voor HR 8 oktober 1982, *NJ* 1984/2, m.nt. CJHB (*Buisman/RVS*). Zie ook Klaassen 1991, p. 146.

32 Zie ook ‘berustend’ de *NJ*-noot van Rutten onder HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*): ‘Reeds lang geleden heeft de Hoge Raad beslist (...) dat blijkens de in de wet gemaakte tegenstelling de aansprakelijkheid rust of op de eigenaar, of op hem die zich van het dier bedient’.

33 Zie wel Van Lennep 1895, p. 118, die met een beroep op het profijtbeginsel aangeeft dat de aansprakelijkheid van de eigenaar ex art. 1404 OBW werd ‘geschorst’ zolang een ander zijn dier gebruikte, alsmede Schut 1963, p. 201, die van belang acht bij wie de zorg voor het dier berust.

van) *schuld*, in de zin van een gebrek aan waakzaamheid en toezicht met betrekking tot het schadeveroorzakende dier.<sup>34</sup> Met ‘manque de surveillance’ als grondslag van aansprakelijkheid legde art. 1404 OBW steeds de ‘verantwoordelijkheid’ bij degene die in de naaste betrekking tot het dier stond. Alleen diegene kon immers met recht een gebrek aan toezicht op het dier worden verweten. De wetgever is wat dit betreft in de eerste plaats uitgekomen bij de eigenaar van het dier, die geacht werd de zorg voor het dier te hebben. Vertrouwde de eigenaar zijn dier toe aan de zorg van een ander, een ‘gebruiker’, dan was daarmee niet langer de eigenaar maar de gebruiker ‘verantwoordelijk’ voor de door het dier aangerichte schade.<sup>35</sup> In geval van gebruik van het dier door een ander dan de eigenaar, kon van laatstgenoemde immers nog maar moeilijk worden gezegd in de waakzaamheid met betrekking tot het dier te zijn tekortgeschoten. De gebruiker, ‘hoeder’ van het dier op het moment van de schadeveroorzaking, kon bedoeld tekortschieten daarentegen wel met recht worden verweten. De exclusieve werking van de gebruikersaansprakelijkheid ex art. 1404 OBW is derhalve terug te voeren op ‘schuld’ als grondslag van deze bepaling.<sup>36</sup> Hierbij kwam dat een argument *tegen* cumulatie van aansprakelijkheid van de eigenaar en gebruiker viel te ontleenen aan de tekst van art. 1404 OBW. De bepaling sprak voor wat betreft de aansprakelijke persoon nu eenmaal niet van de eigenaar *en* gebruiker, maar van de eigenaar *of* gebruiker.<sup>37</sup>

Ook toen de Hoge Raad, na aanhoudende kritiek vanuit de literatuur op zijn eerdere rechtspraak, in het *Stierkalf*-arrest afstapte van (een vermoeden van) ‘schuld’ als grondslag van art. 1404 OBW,<sup>38</sup> hield het ‘alternatieve’ karakter van de bepaling stand. De Hoge Raad oordeelde in het *Stierkalf*-arrest dat de ex art. 1404 OBW aangesproken eigenaar of gebruiker zich voortaan niet aan aansprakelijkheid kon onttrekken door te bewijzen dat hij niet tekort is geschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier. Sindsdien ging art. 1404 OBW als (echte) kwalitatieve aansprakelijkheid door het leven. Door de veranderde grondslag van art. 1404 OBW (‘van schuld naar risico’) zou in theorie de weg vrij kunnen zijn naar toch een cumulatieve aansprakelijkheid van de eigenaar en gebruiker van het dier. Nu voor aansprakelijkheid ‘schuld’ in de zin van een gebrek aan toezicht niet meer was vereist, behoefde de aansprakelijkheid immers niet meer per se gelegd te worden bij (alleen) degene ‘in wiens handen’ het dier zich ten tijde van de schadeveroorzaking bevond. Toch heeft de veranderde grondslag van art. 1404 OBW de tegenstelling tussen de eigenaar en gebruiker als aansprakelijke personen zelfs enkel vergroot. ‘Mede in verband met de aard van de aansprakelijkheid’, scherpte de Hoge Raad in het *Pony*-arrest ten opzichte van zijn

34 HR 15 oktober 1915, *W* 9937, m.nt. EMM (*Gemeente Winschoten/Hofsteenge*).

35 Zie de visie van A-G Tak in zijn conclusie voor HR 14 februari 1919, *W* 10412 (*APC/Gemeente Groningen*), die de Hoge Raad in dit arrest lijkt te onderschrijven.

36 Wel werden in HR 22 maart 1946, *NJ* 1946, 194 (*Beijnes/Lekx*) en HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*) risico-elementen aan art. 1404 OBW toegevoegd, in die zin dat de eigenaar en gebruiker het risico kregen te dragen van tekortschieten in de zorg voor het dier door eventuele hulppersonen.

37 Vgl. in deze zin A-G Tak in zijn conclusie voor HR 14 februari 1919, *W* 10412, m.nt. H.d.J (*APC/Gemeente Groningen*).

38 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. GJS (*Stierkalf*).

eerdere rechtspraak de eisen fors aan vooraleer een ander dan de eigenaar van het dier als ‘gebruiker’ daarvan viel aan te merken.<sup>39</sup> Geoordeeld werd dat de aansprakelijkheid van art. 1404 OBW:

‘*eerst dan op een ander dan de eigenaar komt te rusten, indien het dier duurzaam tot het gebruik ten eigen nutte door die ander strekt in dier voege dat deze, en niet de eigenaar, over dat gebruik en over de zorg voor het dier de zeggenschap heeft.*’ (curs. AK)

Met name de toevoeging van het element ‘duurzaamheid’ leidde ertoe dat een grote groep gebruikers voortaan buiten de reikwijdte van art. 1404 OBW viel. Aan de vraag *waarom* de aansprakelijkheid van de één die van de ander uitsloot, óók nu ‘schuld’ niet meer de grondslag van art. 1404 OBW vormde, werd wederom geen (kenbare) aandacht besteed. Mijns inziens achtte de Hoge Raad het niet billijk te licht een ander dan de eigenaar van een dier te belasten met een aansprakelijkheid zonder ‘schuld’ voor de door dit dier aangerichte schade. Hoewel ‘schuld’ niet langer de grondslag van art. 1404 OBW vormde, speelden blijkens voornoemd citaat elementen als zorg en zeggenschap met betrekking tot het dier toch nog steeds een rol. Niet langer om *het gedrag* van de aangesprokene te karakteriseren, maar om te bepalen *op wie* deze aansprakelijkheid behoort te rusten. De Hoge Raad leek het billijk te achten dat de kwalitatieve aansprakelijkheid steeds rustte op degene – eigenaar óf gebruiker – die het beste in staat kan worden geacht te waken voor het door het dier aanrichten van schade.

Alles overziend, heeft de Hoge Raad voor wat betreft de aansprakelijke persoon op het terrein van art. 1404 OBW van meet af aan een vaste koers gevaren. Cumulatieve aansprakelijkheid van de eigenaar én gebruiker ter zake van hetzelfde schadefeit was uitgesloten. Omdat de benadeelde geen keuzemogelijkheid toekwam voor wat betreft de aan te spreken persoon, was van alternativiteit evenmin sprake. Zodra sprake was van een ‘gebruiker’ van het dier in de zin van art. 1404 OBW, rustte geen aansprakelijkheid (meer) op de eigenaar. Daarmee had de aansprakelijkheid van de gebruiker *exclusieve werking* ten opzichte van die van de eigenaar. De ratio hiervan, ook toen art. 1404 OBW inmiddels was verworden tot een ‘echte’ kwalitatieve aansprakelijkheid, lijkt te zijn gelegen in een (veronderstelde) zorgplicht voor het dier. Hoewel (de toepassing van) art. 1404 OBW geen directe rol gespeeld heeft bij de totstandkoming van art. 6:181, kennen de beide bepalingen een vergelijkbaar vraagstuk van samenloop. De wetgever heeft met de blijkens par. 3.3.1 voorgestane systematiek van art. 6:179 (en 6:173/174) jo. 6:181 gekozen voor een oplossing die eveneens valt te vergelijken met het oude recht: telkens is óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker van (de zaak of) het dier aansprakelijk, hetgeen – zoals uit het vervolg van deze studie nog zal blijken –<sup>40</sup> naar de kern genomen valt te verklaren vanuit een (veronderstelde) zorgplicht voor een dergelijk gevaarsobject.

39 HR 29 november 1985, NJ 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*). Zie over ‘gebruik’ in de zin van art. 1404 OBW ook par. 7.3.2.

40 Zie par. 7.5 over het gebruiksbegrip van art. 6:181.

### 3.3.3 *Opvattingen in de literatuur en rechtspraak*

In de literatuur over art. 6:181 is van meet af aan aangenomen dat wanneer de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt, de kwalitatieve aansprakelijkheid niet (meer) op de bezitter rust maar op de bedrijfsmatige gebruiker.<sup>41</sup> Daarbij werd veelal verwezen naar de in de wetgeschiedenis omschreven strekking van art. 6:181, kort gezegd het in het belang van zowel benadeelden als potentieel aansprakelijken bewerkstelligen dat ter zake van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis steeds één duidelijk aanwijsbare persoon kwalitatief aansprakelijk is. Ook in de feitenrechtspraak werd direct aangenomen dat binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 steeds óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijkheid is. Als voorbeeld valt Hof Den Haag 15 juli 2003, *VR* 2004/107 (*TU Eindhoven/Donders*) te noemen, waarin een aankomend studente deelnam aan een introductie georganiseerd door de Technische Universiteit Eindhoven (TUE). Het touw van de daartoe door de TUE gebruikte ‘trust-rope’-installatie (een behendigheidsoefening) bleek gebrekkig ex art. 6:173. Nadat het hof de TUE als ‘bedrijfsmatige gebruiker’ van het touw had aangemerkt,<sup>42</sup> werd omtrent art. 6:181 overwogen:

‘In artikel 6:181 lid 1 BW is onder meer bepaald dat indien de gebrekkige zaak wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, de aansprakelijkheid uit artikel 6:173 lid 1 BW rust op degene die dit bedrijf uitoefent; *de aansprakelijkheid rust in dat geval dus niet op de bezitter van de gebrekkige zaak.*’ (curs. AK)

Deze opvatting werd gehuldigd in diverse andere over art. 6:181 verschenen lagere rechtspraak.<sup>43</sup>

#### 3.3.3.1 HET *LORETTA*-ARREST: SCHADEVEROORZAKENDE DIEREN

In 2011 verscheen het richtinggevende *Loretta*-arrest, een uitspraak in de sleutel van de aansprakelijkheid voor dieren ex art. 6:179 en 181.<sup>44</sup> De zaak draaide om de tienjarige Marloes, die in manege De Gulle Ruif in haar gezicht werd getrapt door paard Loretta. Het paard behoorde in eigendom toe aan Van de Water, die Loretta tegen betaling bij de Gulle Ruif had onder gebracht ‘ter belering’ (trainen, africhten en zadelmak maken). Toen Marloes na afloop van een training van Loretta de bak inliep en het dier passeerde, traptte dit achteruit en werd Marloes geraakt. Ter vergoeding van haar letselschade werd Van de Water als bezitter van

41 Vgl. Klaassen 1991, p. 84-85, 112, 147; Tjittes 1995, p. 274, 276; Sterk 1994, p. 262; Schoonbrood-Wessels 1991, p. 792. Meer recent zijn Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/213, 229-230, 232, 238-239 en 256; Spier e.a. 2015/130; Bauw 2015/12, 25 en 64; Verheij 2015, p. 121-122.

42 Zie nader over het bedrijfsbegrip van art. 6:181 hoofdstuk 6.

43 Zie Rb. Groningen 5 september 2007, *JA*2007/167 (*Discotheek Bermuda*); Hof Arnhem 6 januari 2004, *NJF* 2004/285 (*Paard Muchet*); Rb. Maastricht 12 november 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN8406 (*X/MASH*); Rb. Arnhem 20 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3915 (*Beleren paard*); Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*); Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA* 2008/38 (*Ontbreken traptrede*); Rb. Utrecht 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1670 (*Gebrekkige kade*); Rb. Arnhem 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN6044 (*Brandgevaarlijk bedrijfspand*); Rb. Maastricht 26 september 2007, *JA* 2007/178 (*Omgevallen hoogspanningsmast*). Enkel anders is Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JA* 2007/107, m.nt. Kolder (*Valraam ziekenhuis*), waarin ex art. 6:174 jo. 181 wel van cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker werd uitgegaan.

44 HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*).

het dier op voet van art 6:179 in rechte betrokken.<sup>45</sup> Deze verweerde zich met de stelling dat de aansprakelijkheid uit art. 6:179 niet op hem maar op De Gulle Ruij rust, omdat laatstgenoemde ten tijde van de schadeveroorzaking als bedrijfsmatige gebruiker van Loretta had te gelden. De Hoge Raad oordeelde over de verhouding tussen de persoon van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:179 en 181 als volgt:

‘Indien schade wordt aangericht door een dier is ingevolge art. 6:179 (...) de bezitter van het dier voor die schade aansprakelijk. Wordt het dier echter gebruikt in de uitoefening van het bedrijf van een ander, dan rust deze risicoaansprakelijkheid ingevolge art. 6:181 niet op de bezitter, maar op degene die het bedrijf uitoefent.’

Voorts:

‘Art. 6:181, en daarmee ook de verlegging van de aansprakelijkheid die daardoor wordt bewerkstelligd, berust, kort samengevat, enerzijds op de overweging dat de benadeelde niet behoort te worden belast met de moeilijkheden die inherent zijn aan het onderzoek naar en de bewijsoverlevering betreffende de identiteit van de schuldenaar, en anderzijds op de eenheid van de onderneming in het kader waarvan het dier wordt gebruikt, het feit dat bedrijfsmatig verrichte activiteiten in beginsel zijn gericht op het verkrijgen van profijt, en het feit dat van een ondernemer kan worden gevergd dat hij zijn bedrijfsrisico als één risico verzekert (Parl. Gesch. Boek 3, (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1003).’

En voorts:

‘De door art. 6:181 bewerkstelligde verlegging van aansprakelijkheid berust dus niet, ook niet mede, op de wil of toestemming van degene die het bedrijf uitoefent, maar op de wet. Daarbij verdient opmerking, dat de in art. 6:179 bedoelde aansprakelijkheid hetzij rust op de bezitter, hetzij op degene die het bedrijf uitoefent waarin het dier wordt gebruikt (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 745).’  
(curs. AK)

De Hoge Raad spreekt klare taal: wordt een dier in de uitoefening van een bedrijf gebruikt, dan rust ingevolge art. 6:181 de aansprakelijkheid uit art. 6:179 niet op de bezitter maar (alleen) op de bedrijfsmatige gebruiker. De Hoge Raad bedient zich van de term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker en benadrukt vervolgens nog eens dat de aansprakelijkheid uit art. 6:179 steeds rust op hetzij de bezitter hetzij de bedrijfsmatige gebruiker. *Cumulatieve* aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is binnen art. 6:179 en 181 dus uitgesloten. En omdat, zo geeft de Hoge Raad ook zelf aan, ‘de wet’ nu eenmaal bepaalt wie met de kwalitatieve aansprakelijkheid uit art. 6:179 is belast en de benadeelde in dit verband derhalve geen keuzemogelijkheid toekomt, is van *alternativiteit* evenmin sprake. Hoewel de

---

<sup>45</sup> Zie voor de vrijwaringszaak van de bezitter tegen de manege HR 1 april 2001, *RvdW* 2011/470 (*Van de Water/De Gulle Ruij*).

Hoge Raad zich in het *Loretta*-arrest niet van deze term als zodanig bedient, volgt daaruit dat art. 6:181 – voor wat betreft de aansprakelijke persoon – *exclusieve werking* heeft ten opzichte van art. 6:179.<sup>46</sup>

Het *Loretta*-arrest sluit niet alleen aan bij het oude recht (art. 1404 OBW), maar is ook in lijn met de parlementaire geschiedenis, waarnaar de Hoge Raad ook ruimhartig verwijst.<sup>47</sup> De door de Hoge Raad gebezigde term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid is daaruit echter niet afkomstig. Mogelijk is de Hoge Raad geïnspireerd door Cahen, die in zijn bespreking van art. 6:181 in relatie tot de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 aangaf dat de eerstgenoemde bepaling de aansprakelijkheid ‘verlegt’ naar de bedrijfsexploitant.<sup>48</sup> Het door Cahen bezigen van deze term kan worden gezien tegen de achtergrond van het feit dat op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken de bezitter ex art. 6:173, 174 en 179 als centrale figuur wordt gezien, waarop de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 wordt geacht een uitzondering te maken.<sup>49</sup> Het was mijns inziens evenwel fraaier geweest indien de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest in samenloopstermen ervan zou hebben gesproken dat art. 6:181 ten opzichte van art. 6:179 *exclusieve werking* heeft, zoals A-G Langemeijer in zijn conclusie voor dit arrest wél deed.<sup>50</sup>

Dat art. 6:181 – in de woorden van de Hoge Raad – een ‘verlegging’ van de aansprakelijkheid uit art. 6:179 bewerkstelligt, is inmiddels stevig omarmd in de feitenrechtspraak over schadeveroorzakende dieren.<sup>51</sup> In de naar aanleiding van het *Loretta*-arrest verschenen literatuur zijn evenwel kritische kanttekeningen geplaatst bij het ontbreken van een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:179 en 181. Zo waren er in de *Loretta*-zaak maar liefst drie betrokkenen mét WA-dekking potentieel aansprakelijk voor het ontstaan van het ongeval, maar bleef het slachtoffer niettemin van schadevergoeding verstoken.<sup>52</sup> Het was de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:179 die wrang voor het slachtoffer uitpakte. Nu de manege volgens de Hoge Raad ten tijde van het ongeval als bedrijfsmatige gebruiker van het paard ex art. 6:181 kwalificeerde,<sup>53</sup> rustte de aansprakelijkheid uit art. 6:179 ingevolge

46 Op de argumenten waarop volgens de Hoge Raad de genoemde ‘verlegging’ van aansprakelijkheid berust, wordt later in deze studie teruggekomen. Zie par. 6.2.2 en 7.5.2.

47 Overigens zou een verwijzing naar ook de reeds in par. 3.3.1 besproken toelichting op de Aanvullingswet 1995 niet hebben mistaan.

48 Pitlo/Cahen 2002, p. 172.

49 Of dit wel het juiste spoor is en of de keuze voor de term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid derhalve wel zo gelukkig is, komt aan de orde in hoofdstuk 4.

50 Conclusie A-G Langemeijer, sub 3.6.

51 O.a. Rb. Arnhem 20 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3915 (*Beleren paard*); Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard en bezitter*); Hof Den Bosch 19 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1506 (*Trainen paard*); Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*); Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7349 (*Uitladen paard*); Rb. Den Haag 5 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5997 (*Paardrijles*).

52 Het betrof Van de Water als eigenaar van het paard, de Gulle Ruif als manege waar het dier ter belering was ondergebracht en Van Hoof als schoondochter van Van de Water, voor wie het de bedoeling was het paard in de toekomst te gaan berijden.

53 Het tegen betaling ‘beleren’ van het paard van een ander werd als ‘gebruik’ ex art. 6:181 aangemerkt. Zie over het gebruiksbegrip van art. 6:181 nader hoofdstuk 7.

art. 6:181 niet op de bezitter van het dier maar (alleen) op de manege. Dit terwijl het slachtoffer in rechte nu juist enkel de bezitter uit art. 6:179 en niet (ook) de manege op voet van art. 6:181 tot schadevergoeding had aangesproken. In de doctrine is betoogd dat in plaats van binnen het stelsel van art. 6:179 en 181 telkens maar één aansprakelijke persoon, cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker een slachtoffervriendelijker keuze zou zijn geweest. Ook is erop gewezen dat de systematiek van telkens een aansprakelijkheid van óf de bezitter óf de (vermeende) bedrijfsmatige gebruiker, de benadeelde voor een lastige keuze kan stellen waarbij de gevolgen voor hem zijn als hij verkeerd kiest. En als de benadeelde ‘zekerheidshalve’ maar voor alle ankers moet gaan liggen, schiet art. 6:181 zijn doel voorbij, aldus de kritiek in de literatuur.<sup>54</sup>

Hoewel op het eerste gezicht misschien invoelbaar door de wrange uitkomst voor het jonge slachtoffer in de *Loretta*-zaak, acht ik de voornoemde kritiek op de exclusieve werking van art. 6:181 niet overtuigend. Wanneer men een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker zou willen aannemen met alleen een beroep op ‘slachtofferbescherming’, wordt uit het oog verloren dat art. 6:181 een *tweeledig* doel heeft: niet enkel het beschermen van benadeelden, maar ook het tegemoet komen aan de belangen aan de andere zijde.<sup>55</sup> Art. 6:181 beoogt voor benadeelden en (potentieel) aansprakelijken zoveel mogelijk een *centraal adres* voor aansprakelijkheid te bieden. De bescherming die art. 6:181 benadeelden biedt, bestaat volgens de toelichting derhalve niet uit het creëren van zoveel mogelijk verhaalsmogelijkheden, maar is gelegen in het door een concentratie van aansprakelijkheid bij ‘het bedrijf’ voorkomen van een onderzoek naar de vraag welke zaak binnen dat bedrijf de schade heeft veroorzaakt en aan wie deze toebehoort.<sup>56</sup>

Wel is het zo dat iedere kwalitatieve aansprakelijkheid uit afd. 6.3.2. BW benadeelden meer afwentelingsmogelijkheden beoogt te bieden, zij het ten opzichte van het algemene onrechtmatige daadsartikel 6:162.<sup>57</sup> Met betrekking tot schade veroorzaakt door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, luidt in dit verband de gedachte dat voor het ontstaan daarvan niet altijd (gemakkelijk) een ex art. 6:162 ‘schuldige’ valt aan te wijzen. Omdat het echter niet ‘billijk’ wordt geacht de eveneens ‘onschuldige’ gelaedeerde de schade zelf te laten dragen, heeft de wetgever een daartoe aangewezen persoon met een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de betreffende schade belast. Art. 6:179 en 6:181 spelen hierbij een rol door te bepalen op *wie* in het voorkomende geval deze kwalitatieve aansprakelijkheid dan rust. Waar met art. 6:179 en 181 zodoende is beoogd de verhaalsmogelijkheden voor benadeelden te verruimen *ten opzichte van art. 6:162*, doet voor de verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker – derhalve de verhouding van art. 6:181 *ten opzichte van art. 6:179* – het tweeledige, eigen

54 Hartlief 2011, p. 1313; *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest; Tjong Tjin Tai 2011, p. 2268; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 101-102. Sommige auteurs bepleiten een cumulatie van aansprakelijkheden in combinatie met een onderlinge regresregeling tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker.

55 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746. Zo ook Schoonbrood-Wessels 1991, p. 792-793 en 797.

56 Parl. gesch. Boek 6, p. 745 en 746. In mijn ogen strekt art. 6:181 vooral ertoe de kwalitatieve aansprakelijkheid te leggen bij degene met (de grootste mate van) zeggenschap over de aan de zaak of het dier verbonden risico's – waarover nader hoofdstuk 7 –, maar ook in die benadering komt een cumulatieve aansprakelijkheid van bezitter en bedrijfsmatige gebruiker niet logisch voor (zie met name par. 7.9).

57 Zie nader par. 2.3.

doel van art. 6:181 opgeld: niet het verruimen van de verhaalsmogelijkheden van benadeelden, maar het in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken voorkomen van een – in termen van de toelichting bij de introductie van art. 6:181 (MvA) – ‘versplintering van aansprakelijkheid’.<sup>58</sup> Kortom, het enkele feit dat cumulatie van aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker de benadeelde (nog) meer verhaalsmogelijkheden zou bieden, is in mijn ogen geen overtuigend argument tegen de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:179.

Voorts moet mijns inziens voorzichtigheid worden betracht om op basis van de in het *Loretta*-arrest voor het slachtoffer wrange uitkomst, de door de wetgever met art. 6:179 jo. 181 beoogde systematiek ‘om te gooien’. Het heeft er namelijk alle schijn van dat in de *Loretta*-zaak de keuze van het slachtoffer voor het enkel aanspreken van de bezitter – en niet (ook) de manege – niet zozeer is ingegeven door onduidelijkheid over de betrokken verhoudingen of het daarop toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht, maar veeleer is te wijten aan een bijzondere omstandigheid van het voorliggende geval. Uit de eigen stellingen van het slachtoffer blijkt namelijk dat voor haar heel wel duidelijk was dat ingevolge art. 6:179 jo. 181 ‘hetzij Van de Water als bezitter van het paard aansprakelijk is voor de schade van Marloes, hetzij De Gulle Ruif als exploitant van de manege’.<sup>59</sup> Het slachtoffer had naar eigen zeggen niettemin enkel Van de Water als bezitter in rechte betrokken, omdat diens aansprakelijkheidsverzekeraar in de discussie met de verzekeraar van de manege over de vraag wie in dit geval tot schadevergoeding gehouden was, naar analogie van de ‘Schaderegeling Schuldloze Derde’<sup>60</sup> als ‘schaderegelaar’ was opgetreden en ook voorschotten ten behoeve van de schadevergoeding had betaald. De – achteraf verkeerd gebleken – keuze van het slachtoffer in de *Loretta*-zaak om (alleen) de bezitter in rechte te betrekken, was ingegeven door een misvatting van haar kant omtrent de rol van de verzekeraar van de bezitter, die buiten rechte zonder enige erkenning van aansprakelijkheid de regie van de schaderegeling op zich had genomen.<sup>61</sup>

Hier kan overigens bij aangetekend worden dat wanneer het slachtoffer in de *Loretta*-zaak niet alleen de bezitter maar tevens de manege dan wel in plaats van de bezitter de manege in rechte zou hebben betrokken, het op voorhand nog altijd niet zonneklaar was op *wie* van beiden de aansprakelijkheid uit art. 6:179 nu rustte.

---

58 Parl. gesch. Boek 6, p. 747. Vgl. ook Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA* 2008/38 (*Ontbreken traprede*), waarin de rechter niet gevoelig bleek voor het, met het oog op een verruiming van zijn verhaalsmogelijkheden, pleidooi van het slachtoffer voor een ‘hoofdelijke aansprakelijkheid’ van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van een gebrekkige opstal als bedoeld in art. 6:174.

59 Zie in eerste aanleg Rb. Den Bosch 22 september 2004, *NJF* 2004/604, r.o. 5.3, in hoger beroep Hof Den Bosch 23 december 2008, zaaknr. HD 103.002.737 (niet gepubl.), r.o. 7.1.2, alsook de conclusie van A-G Langemeijer voor het *Loretta*-arrest, sub. 1.2.

60 Een bedrijfsregeling van het Verbond van Verzekeraars, die kort gezegd inhoudt dat wanneer meer dan een aansprakelijkheidsverzekeraar bij de zaak betrokken is, de eerst aangesprokene optreedt als schaderegelaar zónder rekening te houden met de mogelijkheid dat haar verzekerde niet of slechts gedeeltelijk aansprakelijk is.

61 Dit leverde – anders dan de rechtbank oordeelde – volgens hof en Hoge Raad echter onvoldoende grond op om (de verzekeraar van) Van de Water als bezitter gehouden te achten tot het vergoeden van schade waarvoor deze rechtens niet aansprakelijk was. Zie HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Loretta*), r.o. 3.5.



Levert het tegen betaling ‘beleren’ van een paard van een ander ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 op? Dat was tot aan de uitspraak van de Hoge Raad in de *Loretta*-zaak nog geen uitgemaakte zaak, hetgeen mij bij mijn volgende punt brengt.

Dat de benadeelde binnen het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 soms voor de lastige keuze komt te staan tussen het aanspreken van de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker, is mede gelegen in de onzekerheden waarmee de toepassing van art. 6:181 nog altijd is omgeven. De wetgever heeft het doel dat hem met art. 6:181 voor ogen stond, het voor wat betreft de op kwalitatieve grondslag aan te spreken persoon creëren van ‘duidelijkheid’, dan ook nog altijd niet bereikt. Verkeerde keuzes in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht worden dus mede gemaakt omdat de werkingssfeer van art. 6:181 nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Daarbij moet dan niet enkel gedacht worden aan de interpretatie van het gebruiksbegrip van deze bepaling,<sup>62</sup> maar bijvoorbeeld ook aan het bedrijfsbegrip van art. 6:181.<sup>63</sup> Ondanks dat zich, net zoals ongetwijfeld ter toepassing van ieder ander wetsartikel, in relatie tot art. 6:181 altijd grensgevallen zullen blijven voordoen, bestaat vandaag de dag nog steeds maar weinig duidelijkheid over de (niet-)toepassing van art. 6:181 in menig ‘basaal’ geval. Wanneer geen sprake is van een ‘sprekend geval’ waarin de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt, ontstaat al gauw discussie. Om te voorkomen dat benadeelden hun geld op de verkeerde partij zetten, behoeft in mijn ogen het huidige systeem van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 niet op de schop genomen te worden, maar moet de oplossing veeleer worden gezocht in méér duidelijkheid over de toepassing van art. 6:181. Zoals gezegd, beoogt deze studie daaraan een bijdrage te leveren.

Het meest overtuigende juridisch-inhoudelijke argument *tegen* een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:179 en 181 is naar mijn idee evenwel gelegen in het volgende. Zodra *een ander* dan de bezitter een dier bedrijfsmatig gebruikt, is het doorgaans *niet* de bezitter die de aan dit dier verbonden ‘verhoogde’ gevaren opwekt en in staat is de verwezenlijking daarvan tegen te gaan. Het is met andere woorden niet de bezitter van het dier maar de bedrijfsmatige gebruiker die in de beste positie verkeert invloed op de aan het dier verbonden risico’s uit te oefenen en te waken voor het aanrichten van schade. Hierbij komt dat de bedrijfsmatige gebruiker degene is die (het meeste) profijt zal trekken van het dier en – in verhouding tot de ‘achterliggende’ bezitter – voor de benadeelde het gemakkelijkst zal zijn op te sporen. Korter gezegd, in geval van bedrijfsmatig gebruik van een dier door een ander dan de bezitter, heeft de bedrijfsmatige gebruiker daarmee de meest sprekende band. De band die de bezitter nog met het dier heeft, is niet (meer) sprekend genoeg om zijnerzijds een

---

62 Valt bijvoorbeeld het beleren van een paard onder ‘gebruik’ ex art. 6:181? En hoe zit het met het bewaren en vervoeren of het repareren van zaken?

63 Wat is bijvoorbeeld de positie van de beroepsmatige gebruiker? En hoe zit het met de overheid die zich van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken bedient?

kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door het dier aangerichte schade te rechtvaardigen.<sup>64</sup> Niet zonder reden heeft de wetgever ook zelf ervan blijk gegeven een kwalitatieve aansprakelijkheid onwenselijk te achten van degene die ‘niets met de gebeurtenis waardoor de schade daadwerkelijk is ontstaan te maken heeft gehad en ook geen invloed op het betreffende risico heeft kunnen uitoefenen’.<sup>65</sup> Met dit vorenstaande zou het uitgangspunt van een *cumulatieve* aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:179 jo. 181 op gespannen voet staan.

Tot slot lijkt ook de Hoge Raad zelf niet onder de indruk van de kritiek die hem na het wijzen van het *Loretta*-arrest in dit verband ten deel is gevallen. Uit HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*) volgt namelijk wederom en onder verwijzing naar dezelfde wetsgeschiedenis als aangehaald in het *Loretta*-arrest, dat een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:179 jo. 181 is uitgesloten.<sup>66</sup>

### 3.3.3.2 DE ‘LORETTA-REGEL’ GELDT OOK VOOR ROERENDE ZAKEN EN OPSTALLEN

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de vraag of de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:179 ook geldt ten opzichte van art. 6:173 en 174. Bij de toepassing van art. 6:181 lijkt differentiatie namelijk mogelijk al naargelang het om het ene of het andere gevaarsobject gaat. Zo bepaalt de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 bijvoorbeeld dat ten opzichte van roerende zaken en dieren voor opstallen strengere eisen gelden om iemand aansprakelijk te kunnen achten als bedrijfsmatige gebruiker.<sup>67</sup> Differentiatie in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht tussen (in ieder geval) opstallen en dieren zien we ook in HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*).<sup>68</sup> Niettemin wordt de in het *Loretta*-arrest met betrekking tot schadeveroorzakende dieren uit art. 6:179 omschreven ‘verlegging’ van aansprakelijkheid op grond van art. 6:181, in de feitenrechtspraak inmiddels ook toegepast op schadeveroorzakende roerende zaken uit art. 6:173. In Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*) vond een arbeidsongeval plaats te wijten aan een gebrekkige steiger. Omtrent de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181 overwoog de rechtbank in algemene zin als volgt:

<sup>64</sup> Zie voor een nadere uitwerking van deze gedachte hoofdstuk 7 over het gebruiksbegrip van art. 6:181. In het bijzonder noem ik hier nog par. 7.8, onder meer over gevallen van ‘vluchtige’ vormen van bedrijfsmatige betrokkenheid waarin het mij weldegelijk redelijk voorkomt toch (louter) de bezitter met de kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 33. In dit perspectief past dat onder vigeur van art. 1404 OBW (ook) de aansprakelijkheid van de eigenaar haar grens vond daar waar *een ander* ‘gebruiker’ van zijn dier was.

<sup>66</sup> R.o. 3.8, waarin de Hoge Raad oordeelt dat de wetgever in geval van bedrijfsmatig gebruik ex art. 6:181 ervoor heeft gekozen ‘om de kwalitatieve aansprakelijkheid voor het dier niet te leggen op de bezitter, maar op de bedrijfsmatige gebruiker van dat dier’.

<sup>67</sup> Zie ook hoofdstuk 7, waar ik zal betogen dat (ook) ter toepassing van het gebruiksbegrip van art. 6:181 onderscheid gemaakt moet worden tussen de door art. 6:173, 174 en 179 bestreken verschillende gevaarsobjecten. Kort gezegd meen ik dat iemand eerder als ‘gebruiker’ van een dier ex art. 6:181 kwalificeert dan als ‘gebruiker’ van een roerende zaak of opstal, terwijl iemand weer eerder als ‘gebruiker’ van een roerende zaak kwalificeert dan van een opstal.

<sup>68</sup> Geoordeeld werd dat art. 6:174 niet enkel bescherming biedt aan ‘derden’ maar ook aan de gelaedeerde medebezitter zelf (*Hangmat*), terwijl laatstgenoemde wel buiten het beschermingsbereik van art. 6:179 valt (*Paard Imagine*). In lijn hiermee is Rb. Den Haag 4 maart 2015, *JA* 2015/79 (*Hond Jengo*). Zorgvuldigheidshalve zij vermeld dat ik in deze procedures optrad als raadsman van de slachtoffers.

‘Dat de steiger bedrijfsmatig werd gebruikt betekent dat, indien sprake is van aansprakelijkheid wegens gebrekkigheid van die steiger, *die aansprakelijkheid ligt bij de bedrijfsmatige gebruiker van die zaak en niet (tevens) bij de bezitter van de steiger*. Artikel 6:181 BW heeft *exclusieve werking* in die zin dat geen sprake is van *cumulatie van aansprakelijkheid* van bezitter en bedrijfsmatig gebruiker. (...) Dat *cumulatieve aansprakelijkheid* van bezitter en bedrijfsmatig gebruiker is uitgesloten blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad van 1 april 2011 (LJN: BP1475) betreffende het paard Loretta, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk aangeeft dat en waarom toepasselijkheid van artikel 6:181 BW leidt tot *verlegging* en niet tot *cumulatie* van aansprakelijkheid.’ (curs. AK)

De rechtbank haalt niet enkel de ‘Loretta-regel’ aan – een ‘verlegging’ van aansprakelijkheid –, maar drukt zich ook uit in termen passend bij samenloop: *cumulatieve aansprakelijkheid* van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is niet aan de orde, want art. 6:181 heeft *exclusieve werking*.<sup>69</sup> Het ‘doortrekken’ van de *Loretta-regel* naar ook de in art. 6:173 bedoelde roerende zaken acht de rechtbank kennelijk vanzelfsprekend.

Hoewel – voor zover kon worden nagaan – sinds het *Loretta*-arrest nog geen (princiële) rechtspraak is verschenen over de verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van een opstal uit art. 6:174 en 181, lijkt de ‘*Loretta-regel*’ ook dienaangaande mee te brengen dat steeds hetzij de bezitter hetzij de bedrijfsmatige gebruiker kwalitatief aansprakelijk is. Dit valt op te maken uit HR 26 november 2010, *NJ* 2010/636 (*DB/Edco*). In deze zaak stortte het dak van een opslaghal van DB in door overbelasting van het dak wegens een gebrek in de hemelwaterafvoer. Hierdoor ontstond schade aan in de hal opgeslagen goederen van Edco. Laatstgenoemde sprak DB als eigenaar/bezitter van de gebrekkige hal aan ex art. 6:174. DB verweerde zich met de stelling dat de hal ten tijde van de instorting bedrijfsmatig werd gebruikt door DVT ex art. 6:181 als huurder, zodat niet op haar als bezitter maar op DVT als bedrijfsmatige gebruiker de kwalitatieve aansprakelijkheid rustte. Het debat spitste zich toe op de uitleg die gegeven moest worden aan de specifiek voor opstallen in lid 1 van art. 6:181 opgenomen *tenzij-clausule*.<sup>70</sup> Het hof oordeelde dat nu het ontstaan van het gebrek in het dak niet in relevant verband stond met de bedrijfsuitoefening van DVT (de opslag van goederen), niet DVT als bedrijfsmatige gebruiker maar DB als bezitter van de opstal was belast met de aansprakelijkheid van art. 6:174. In cassatie verduidelijkte de Hoge Raad allereerst de werking van de *tenzij-clausule* in lid 1 van art. 6:181,<sup>71</sup> om vervolgens zijn zegel te hechten aan ’s hofs oordeel.<sup>72</sup> Hoewel de Hoge Raad niet expliciet oordeelde dat telkens óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal kwalitatief aansprakelijk is, valt een dergelijke systematiek wel uit zijn arrest af te leiden. Indien de Hoge Raad namelijk zou

69 In dezelfde zin en onder verwijzing naar het *Loretta*-arrest op het terrein van art. 6:173 jo. 181 is Rb. Utrecht 25 juli 2012, *NJF* 2012/412 (*ProRail/Schenker*). Zie voorts Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090 (*Stroomverdeelkast*).

70 Deze bepaalt dat de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal aansprakelijk is, *tenzij* het ontstaan van de schade niet met de bedrijfsuitoefening in verband staat.

71 De Hoge Raad oordeelde dat het ontstaan van ‘de schade’ in art. 6:181 lid 1 gelezen moet worden als het ontstaan van ‘het gebrek’. Zie nader par. 7.5.6.1.

72 Inmiddels volgde in HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*) een – voor nu niet relevante – precisering van het arrest *DB/Edco*, waarover nader par. 7.6.5.1 e.v.

hebben gemeend dat een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:174 en 181 mogelijk is, had hij in deze zaak de werking van het slot van lid 1 van art. 6:181 niet hoeven onderzoeken. Edco sprak in rechte immers niet DVT als bedrijfsmatige gebruiker aan, maar (enkel) DB als bezitter van de opstal. Aandacht voor de toepassing van art. 6:181 betreffende opstallen is in gevallen waarin enkel de *bezitter* daarvan wordt aangesproken alleen relevant, indien wordt uitgegaan van een door art. 6:181 bewerkstelligde ‘verlegging’ van de aansprakelijkheid ex art. 6:174 (of beter: een exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:174). Indien DB in de ogen van de Hoge Raad als bezitter van de opstal aansprakelijk kon zijn náást DVT als eventueel bedrijfsmatige gebruiker daarvan – een cumulatieve aansprakelijkheid derhalve –, had de Hoge Raad in het midden kunnen laten of art. 6:181 (inclusief tenzij-clausule) de aansprakelijkheid uit art. 6:174 (ook) deed rusten op DVT als eventueel bedrijfsmatige gebruiker. Uit het feit dat de Hoge Raad in deze art. 6:174-zaak toch inging op de toepassing van art. 6:181, kan daarom opgemaakt worden dat zijns inziens voor art. 6:174 jo. 181 eveneens geldt dat cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is uitgesloten, alsmede dat art. 6:181 – voor wat betreft de aansprakelijke persoon – óók exclusieve werking heeft ten opzichte van art. 6:174.

Dat voor de in art. 6:181 lid 1 genoemde roerende zaken, opstallen en dieren gelijkelijk geldt dat steeds óf de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker is belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid, acht ik juist. Ten eerste laat de wetsgeschiedenis op dit punt geen ruimte voor differentiatie, aangezien de artikelen 6:173, 174 en 179 in relatie tot art. 6:181 telkens over één kam worden geschoren: de totstandkomingsgeschiedenis toont dat in geval van toepasselijkheid van art. 6:181 is getracht steeds een ‘centraal adres’ voor kwalitatieve aansprakelijkheid te bieden, of het nu gaat om roerende zaken, opstallen of dieren. Het is deze parlementaire geschiedenis waarnaar de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest ook verwijst bij zijn oordeel dat steeds hetzij de bezitter hetzij de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is. In het *Paard Imagine*-arrest, waaruit een bevestiging van deze rechtsregel volgt, treffen we een verwijzing naar diezelfde wetsgeschiedenis aan. Dat de Hoge Raad zijn overwegingen in de twee zojuist genoemde arresten heeft toegespitst op alleen de in art. 6:179 bedoelde dieren, heeft te maken met het feit dat de beide voorliggende kwesties daar nu eenmaal over handelden. Duidelijk is niettemin dat de Hoge Raad in dit verband de bredere bedoeling van de wetgever, die voor art. 6:173 en 174 in relatie tot art. 6:181 op hetzelfde neerkomt als voor art. 6:179, heeft willen volgen. Voorts zou differentiatie in de werking van art. 6:181 ten opzichte van de afzonderlijke artikelen 6:173, 174 en 179 juridisch-inhoudelijk niet logisch voorkomen. De in de wetsgeschiedenis genoemde en in het *Loretta*- en *Paard Imagine*-arrest omarmde argumenten voor een concentratie van aansprakelijkheid bij de bedrijfsmatige gebruiker op grond van art. 6:181 (opspoorbaarheid, eenheid, profijt en verzekeraarbaarheid) gaan niet alleen op wanneer *dieren* maar ook zodra *roerende zaken* of *opstallen* schade veroorzaken in het kader van bedrijfsmatig gebruik. Ook geldt voor het geval waarin door de bezitter niet een dier

maar een zaak voor bedrijfsmatig gebruik aan een ander ter beschikking wordt gesteld, het in beginsel de bedrijfsmatige gebruiker en niet (meer) de bezitter is die in de beste positie verkeert de aan de zaak verbonden risico's te beïnvloeden. Weinig verrassend is derhalve dat sinds de verschijning van het *Loretta*-arrest ook in de literatuur voetstoots – in die zin dat geen enkele auteur überhaupt lijkt stil te staan bij de (theoretische) mogelijkheid dat wat daarin voor art. 6:179 jo. 181 is uitgemaakt *niet* automatisch ook zou opgaan voor art. 6:173 en 174 jo. 181 – wordt aangenomen dat of nu een roerende zaak, opstal of dier in de uitoefening van een bedrijf wordt gebruik, in geval van bedrijfsmatig gebruik telkens geen kwalitatieve aansprakelijkheid op de bezitter rust maar (enkel) op de bedrijfsmatige gebruiker.<sup>73</sup>

Voor de goede orde merk ik nog op dat de zojuist genoemde, enkel voor opstallen geldende tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 niet eraan kan afdoen dat de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken op één lijn worden gesteld als het aankomt op de exclusieve werking van art. 6:181: bedoelde clausule ziet immers op de (voor)vraag óf art. 6:181 überhaupt toepasselijk is en illustreert dat in die fase (wel) differentiatie mogelijk is al naargelang het om het ene of het andere door art. 6:173, 174 en 179 bestreken gevaarsobject gaat. Voor de differentiatie in het zojuist genoemde *Hangmat*-arrest en het arrest *Paard Imagine* geldt dat die betrekking heeft op (relativiteits)vragen – is ‘onderlinge’ kwalitatieve aansprakelijkheid van medebezitters en bedrijfsmatige medegebruikers mogelijk? – waaraan pas wordt toegekomen nádat door het stelsel van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 de aansprakelijke persoon is aangewezen. Kortom, treedt art. 6:181 eenmaal in werking, dan heeft deze bepaling ten opzichte van alle drie art. 6:173, 174 en 179 in gelijke zin exclusieve werking. Differentiëren tussen de door deze artikelen bestreken verschillende gevaarsobjecten is echter wel mogelijk bij de (voor)vraag óf art. 6:181 toepassing vindt, alsook bij de (vervolg)vraag of een eenmaal binnen het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 als aansprakelijk aangewezen ook zélf bescherming aan de betreffende bepaling kan ontnemen.

### 3.4 Meerdere bedrijfsmatige gebruikers (de leden 2 en 3 van art. 6:181)

In voorkomende gevallen kan van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken worden gezegd dat deze in de uitoefening van meer dan één bedrijf worden gebruikt. Denk aan twee ‘zzp-stukadoors’ die op een bouwplaats schouder aan schouder op een steiger staan om stucwerk te verrichten. De steiger is voor deze gezamenlijke klus door een van de zzp'ers tegen betaling betrokken van een steigerverhuurbedrijf. Wie is kwalitatief aansprakelijk ingeval een toevallige passant schade lijdt vanwege een gebrek in de steiger? In deze casus zou van alle

<sup>73</sup> Verheij 2015, p. 122; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/213, 229-230, 232, 238-239 en 256; Spier e.a. 2015/130; Klaassen 1991, p. 84-85, 112, 147; Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:174, aant. 131.1 en art. 6:181, aant. 6 en 11.5; Bauw 2015/12, 24-25 en 64.

drie betrokken bedrijven gezegd kunnen worden dat zij de steiger ‘gebruiken in de uitoefening van hun bedrijf’: het steigerbouwbedrijf door de steiger tegen vergoeding beschikbaar te stellen aan een ander, de zzp’ers door zich in het kader van hun bedrijfsvoering te bedienen van de steiger.

Bezien we eerst de rechtspositie van beide zzp’ers nader, dan blijkt dat afd. 6.3.2 BW geen specifiek voorschrift voor een *hoofdelijke aansprakelijkheid* van meerdere bedrijfsmatige gebruikers als bedoeld in art. 6:181 kent. Voor meerdere bezitters (art. 6:173, 174 en 179) geldt met art. 6:180 lid 1 een dergelijke regeling wel, voor meerdere exploitanten (art. 6:176 en 177) met art. 6:182 ook.<sup>74</sup> Ook kan worden gewezen op art. 6:189, waarin een hoofdelijke aansprakelijkheid van meerdere ‘producenten’ in de zin van art. 6:187 lid 2-4 is geregeld. Toch behoort ook een hoofdelijke aansprakelijkheid van meerdere bedrijfsmatige gebruikers (art. 6:181) tot de mogelijkheden. In de toelichting op de Aanvullingswet 1995 is over art. 6:181 is namelijk nog aangegeven:

“Ook is niet uitgesloten dat verschillende rechtspersonen gezamenlijk een bedrijf in de zin van art. 6:181 uitoefenen, bijv. in de vorm van een maatschap. Naar analogie van art. 6:180 lid 1 en 182 zullen zij dan hoofdelijk aansprakelijk zijn. Daarbij hoeft niet noodzakelijk aan samenwerking binnen een concern gedacht te worden.”<sup>75</sup>

In geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers kunnen dus meerdere personen tegelijkertijd aansprakelijk zijn voor dezelfde schade op grond van art. 6:181 lid 1.<sup>76</sup> Het gaat om gevallen waarin tegelijkertijd van twee of meer personen kan worden gezegd een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak in de uitoefening van een bedrijf te gebruiken.<sup>77</sup> Hieronder vallen de voornoemde twee zzp’ers die gezamenlijk gebruik maken een steiger.

Niet altijd echter zijn er meerdere aansprakelijken in het geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers. Lid 2 van art. 6:181 bevat namelijk een kanaliseringsregel die de aansprakelijkheid legt bij de bedrijfsmatige ‘eindgebruiker’, oftewel de laatste in de keten. Lid 2 van art. 6:181 luidt als volgt:

(Art. 6:181 lid 2)

‘Wanneer de zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt *door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander*, dan wordt die ander als de uit hoofde van het vorige lid aansprakelijke persoon aangemerkt.’ (curs. AK)

<sup>74</sup> Zie Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4402 (*NAM & EBN*) voor een voorbeeld van hoofdelijke aansprakelijkheid van mede-mijnbouwexploitanten in de zin van art. 6:177.

<sup>75</sup> *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8. Een voorbeeld biedt HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*), waarin het ging om bedrijfsmatig medegebruik van een schadeveroorzakend paard.

<sup>76</sup> Zo ook Schoonbrood-Wessels 1991, p. 797. Bij gebreke van een specifieke wettelijke bepaling zal betekenis toekomen aan de algemene hoofdelijkheidsregels van art. 6:6-6:14 en 6:102.

<sup>77</sup> Vgl. ook art. 6:175, waarvoor een expliciete bepaling als art. 6:180 lid 1 of art. 6:182 niet bestaat, maar in geval van meerdere gebruikers of bewaarders van een gevaarlijke stof toch hoofdelijke aansprakelijkheid aan de orde zal zijn op grond van de algemene art. 6:6-6:14 en 6:102. Zie Lankhorst, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:175, aant. 4 en art. 6:182, aant. 2. Dit zal ook gelden in geval van meerdere ‘bijzondere’ personen als hierna nog te bespreken.

In de wetsgeschiedenis is de strekking van deze bepaling als volgt toegelicht:<sup>78</sup>

‘Het tweede lid van [art. 6:181] betreft de situatie dat men van verschillende personen tegelijk zou kunnen zeggen dat de zaak “in de uitoefening van hun bedrijf wordt gebruikt”, bijv. doordat de een die zaak gebruikt door haar tegen vergoeding ter beschikking te stellen voor gebruik in het bedrijf van een ander (huur, leasing). *De aansprakelijkheid, bedoeld in lid 1, rust dan alleen op deze laatste.*’ (curs. AK)

Ook achter lid 2 van art. 6:181 schuilt een concentratiegedachte: in geval van beschikbaarstelling van zaken in de bedrijfsmatige context wordt evenzeer in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken de kwalitatieve aansprakelijkheid gedirigeerd naar één centraal adres, in dit geval de laatste in de keten.<sup>79</sup> Geen cumulatieve aansprakelijkheid van beide bedrijfsmatige gebruikers, en – bij gebreke van een keuzemogelijkheid betreffende de aan te spreken persoon – ook geen alternativiteit. De aansprakelijkheid van de in lid 2 van art. 6:181 bedoelde ‘eindgebruiker’ heeft *exclusieve* werking. In geval van beschikbaarstelling van zaken rust *de aansprakelijkheid uit lid 1 van art. 6:181* niet (meer) op degene *door wie* de zaak ter beschikking is gesteld, maar louter op degene *aan wie* dit is geschied.<sup>80</sup> Bezien we de positie van het zojuist genoemde steigerverhuurbedrijf, dan geldt dat zij de gebrekkige steiger bedrijfsmatig ter beschikking heeft gesteld aan *een ander* voor bedrijfsmatig gebruik. Op grond van lid 2 van art. 6:181 rust uitsluitend op ‘die ander’ – in dit geval de beide zzp’ers als bedrijfsmatige *medegebruikers* – de aansprakelijkheid ex art. 6:181 lid 1.

In de literatuur wordt een concentratie van aansprakelijkheid op grond van art. 6:181 lid 2 bij ‘de laatste in de keten’ alom onderschreven.<sup>81</sup> Lid 2 van art. 6:181 wordt wel als een ‘nadere precisering’ gezien van de kanaliseringconstructie van art. 6:181 lid 1.<sup>82</sup> Waar lid 1 van art. 6:181 de bedrijfsmatige gebruiker exclusief aansprakelijk acht ten opzichte van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179, wijst lid 2 van art. 6:181 in geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers de ‘eindgebruiker’ als exclusief aansprakelijke aan. Dat *lid 2* van art. 6:181 de mogelijkheid van een cumulatieve aansprakelijkheid van de daarin omschreven bedrijfsmatige gebruikers uitsluit, past bij het streven van de wetgever om in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken een ‘versplintering’ van kwalitatieve aansprakelijkheid zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>83</sup> In termen van het

78 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

79 Voor lid 3 van art. 6:181 inzake gevaarlijke stoffen geldt hetzelfde. Vgl. ook art. 8:1661 lid 1, laatste zin, inzake de beschikbaarstelling van spoorvoertuigen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander.

80 Het op later moment, in 1995 aan art. 6:181 toegevoegde lid 3 inzake gevaarlijke stoffen is op dezelfde leest geschied.

81 Klaassen 1991, p. 90; Schoonbrood-Wessels 1991, p. 797; Sterk 1994, p. 262; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230; Spier e.a. 2015, p. 134; Bauw 2015, p. 15-16.

82 Jansen 2007, p. 170.

83 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

*Loretta*-arrest zou men ook van art. 6:181 lid 2 kunnen zeggen dat daarmee een ‘verlegging’ van aansprakelijkheid wordt bewerkstelligd, in dit geval naar de bedrijfsmatige ‘eindgebruiker’. Nu de systematiek van lid 2 van art. 6:181 overeenkomt met die van lid 1 van art. 6:181, doen zich hier vergelijkbare problemen voor. Zo biedt Hof Arnhem 13 juni 1999, *NJ* 2000/58 (*Van Zijderveld/Hachmang*) een voorbeeld van een ‘*Loretta*-achtige’ uitkomst (lees: de pijlen van de benadeelde blijken in rechte op de verkeerde partij gericht) op het terrein van art. 6:181 lid 2. In deze zaak overkwam kermisklant Van Zijderveld in de attractie de ‘cakewalk’ een ongeval, waarbij hij de ringvinger van zijn rechterhand verloor. Vaststond dat v.o.f. Hachmang eigenaar van de attractie was, terwijl ten tijde van het ongeval ook de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering betreffende de attractie op naam van deze v.o.f. stond. Vast kwam ook te staan dat eenmanszaak Werkman, die de ‘cakewalk’ van Hachmang had geleased, de attractie op het moment van het ongeval feitelijk exploiteerde. Van Zijderveld sprak eigenaar/bezitter Hachmang op grond van art. 6:173 jo. 181 ter vergoeding van zijn ongevalgerelateerde schade aan. Deze verweerde zich met de stelling dat Werkman de cakewalk op het moment van het ongeval als lessee bedrijfsmatig gebruikte. De rechtbank ging hierin mee en oordeelde dat Van Zijderveld met Hachmang de verkeerde persoon in rechte had betrokken, hetgeen het hof onderschreef:

‘Uit de tekst en de wetsgeschiedenis van art. 6:181 BW blijkt (...) duidelijk dat er in het kader van lid 2 van art. 6:181 BW slechts één aansprakelijke partij is (...) en wel diegene die “als laatste in de keten” de betreffende zaak gebruikt. Ingevolge art. 6:181 lid 2 BW wordt in het onderhavige geval de cakewalk in de uitoefening van het bedrijf door Hachmang c.s. gebruikt door deze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van mevrouw Werkman en wordt mevrouw Werkman als (enige) aansprakelijke persoon aangemerkt.’<sup>84</sup>

Hieraan deed volgens het hof niet af dat voor Van Zijderveld mogelijk niet kenbaar was dat Werkman de cakewalk had geleased en evenmin dat Hachmang zich wel tegen aansprakelijkheid had verzekerd maar Werkman – die zelf geen verhaal bood – niet. Niet alleen de exclusieve werking van art. 6:181 lid 1, maar ook die van art. 6:181 lid 2 kan daarom wrang voor de benadeelde uitpakken. Vanuit de slachtofferbeschermingsgedachte zijn bij de werking van art. 6:181 lid 2 dan ook eenzelfde kanttekeningen te plaatsen als bij die van art. 6:181 lid 1. De beantwoording van de vraag of een cumulatieve aansprakelijkheid van de in art. 6:181 lid 2 bedoelde bedrijfsmatige gebruikers niet wenselijker zou zijn, verloopt langs dezelfde lijnen als hetgeen al is opgemerkt over de exclusieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 lid 1 ten opzichte van die van de bezitter in art. 6:173, 174 en 179. Zo beoogt art. 6:181 lid 2 evenmin enkel degene te beschermen die de schade lijdt, maar wordt ook getracht tegemoet te komen aan de belangen van (potentieel) aansprakelijken. Voorts bestaat ook de bescherming

---

<sup>84</sup> Zie in dezelfde zin over lid 2 van art. 6:181 Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*); Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*). Eenzelfde zal gelden voor de gevaarlijke stoffen in art. 6:181 lid 3.



voor de benadeelde van art. 6:181 lid 2 niet uit het verruimen van diens verhaalsmogelijkheden, maar is deze gelegen in het vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van degene die de aansprakelijkheid draagt. Tevens geldt voor lid 2 van art. 6:181 dat deze bepaling ziet op gevallen waarin de band van de ene bedrijfsmatige gebruiker met het gevaarsobject (sterk) afneemt, terwijl de andere bedrijfsmatige gebruiker daarmee juist een sprekende(r) band verkrijgt. Wanneer het ene bedrijf een zaak ter beschikking stelt aan een ander bedrijf als bedoeld in art. 6:181 lid 2, verkeert niet de ‘uitlener’ maar de ‘inlener’ in de beste positie de aan de zaak verbonden risico’s te beïnvloeden. De band die de ‘uitlener’ nog met de zaak heeft is in andere woorden niet meer sprekend genoeg om diens kwalitatieve aansprakelijkheid voor de daardoor aangerichte schade nog ‘billijk’ te achten c.q. als bedrijfsrisico aan te merken.<sup>85</sup>

In de literatuur is de precieze werkingsfeer van art. 6:181 lid 2 overigens onderwerp van debat. De discussie ziet op de vraag of deze bepaling alleen betrekking heeft op gevallen waarin de activiteiten van het ‘uitlenende’ bedrijf bestaan uit *het aan anderen ter beschikking stellen* van zaken (denk aan verhuurbedrijven en leasemaatschappijen) dan wel *in het algemeen* het geval van beschikbaarstelling van zaken in de bedrijfsmatige sfeer beoogt te regelen.<sup>86</sup> De kiem van deze discussie is gelegen in het feit dat de toelichting op art. 6:181 lid 2 (MvA) enkel verwijst naar gevallen van ‘huur en leasing’.<sup>87</sup> Wordt de strekking van art. 6:181 (lid 2) gezien, dan zal naar mijn idee ook in gevallen waarin slechts incidenteel of zelfs maar eenmalig een zaak door de één aan een ander bedrijfsmatig ter beschikking wordt gesteld, de aansprakelijkheid ingevolge art. 6:181 lid 2 exclusief berusten bij de ‘eindgebruiker’. Of een zaak nu door een verhuurbedrijf/leasemaatschappij aan *een ander* voor bedrijfsmatig gebruik beschikbaar wordt gesteld dan wel door een andersoortig bedrijf op eenmalige/incidentele basis, steeds heeft ‘die ander’ na de terbeschikkingstelling de meest sprekende band met de zaak, in die zin dat deze wordt geacht in de beste positie te verkeren invloed uit te oefenen op de aan de zaak verbonden risico’s en schade te voorkomen. Daarmee geldt alleen die ander, en niet (ook) de ‘uitlener’ als de ex art. 6:181 aansprakelijke.<sup>88</sup> Dat lid 2 van art. 6:181 verder reikt dan enkel gevallen van beschikbaarstelling door verhuurbedrijven en leasemaatschappijen, vindt overigens bevestiging in het feit dat op later moment, in het kader van de Aanvullingswet 1995, genuanceerder dan in de aanvankelijke voornoemde toelichting op art. 6:181, over deze bepaling is aangegeven dat daarbij ‘vooral’ aan gevallen van huur of leasing moet worden gedacht.<sup>89</sup>

85 Ook hier verwijs ik voor een nadere uitwerking naar hoofdstuk 7.

86 Zie voor tegengestelde opvattingen Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 300-301 en de *NJ*-noot van Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest.

87 Parl. gesch. Boek 6, p. 746. Zie ook Schoonbrood-Wessels 1991, p. 797, die ervan spreekt dat lid 2 ziet op ‘huur- en lease-situaties’.

88 Zie voor een nadere uitwerking van deze gedachte hoofdstuk 7.

89 *Kamerstukken II*1988/89, 21202, 3, p. 54-55.

Samengevat geldt dat wanneer verschillende personen een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak *gezamenlijk* bedrijfsmatig gebruiken, beiden op grond van art. 6:181 *lid 1* met de kwalitatieve aansprakelijk zijn belast. Tegenover de benadeelde zijn beide gebruikers hoofdelijk aansprakelijk, waarna hun onderlinge draagplicht zal afhangen van een eventuele contractuele verhouding of, bij gebreke daarvan, de algemene regels van art. 6:10 en 6:101 jo. 102 lid 1.

Lid 2 van art. 6:181 ziet op degene die een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak bedrijfsmatig gebruikt *in de vorm van* het ter beschikking stellen daarvan voor bedrijfsmatig gebruik aan *een ander*. In dat geval is *uitsluitend* ‘die ander’ kwalitatief aansprakelijk. Oftewel, lid 2 van art. 6:181 vestigt een exclusieve aansprakelijkheid van de ‘eindgebruiker’. Deze systematiek geldt ook voor het op eenzelfde leest geschoeide lid 3 van art. 6:181, dat betrekking heeft op de *beschikbaarstelling* van gevaarlijke stoffen voor gebruik in de uitoefening van het beroep of bedrijf van een ander.<sup>90</sup> Waar de wetgever binnen het systeem van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 lid 1 een cumulatieve aansprakelijkheid van bezitter én bedrijfsmatige gebruiker voor dezelfde schade heeft willen uitsluiten met het oog op ‘een centraal adres’ voor aansprakelijkheid, geldt een vergelijkbare redenering in geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers als bedoeld in lid 2 en 3 van art. 6:181.

Overigens is het niet altijd eenvoudig te bepalen waar de grens ligt tussen het toepassing geven aan lid 1 van art. 6:181 op meerdere gebruikers met cumulatie van aansprakelijkheid tot gevolg enerzijds en anderzijds het toepassing geven aan lid 2 (of lid 3) van art. 6:181 met als gevolg een exclusieve aansprakelijkheid van de ‘eindgebruiker’. Denk aan een casus waarin een hoofd- en onderaannemer die, wanneer dat gedurende ‘de klus’ zo uitkomt, beiden gebruik maken van een op de bouwlocatie beschikbare graafmachine die in eigendom toebehoort aan de hoofdaannemer. Juist op het moment dat de onderaannemer zich van het werktuig bedient, openbaart zich een gebrek in de machine met schade bij een derde tot gevolg. Hoewel op het eerste oog toepassing gegeven lijkt te kunnen worden aan art. 6:181 *lid 2*, lijkt ook wel wat gezegd te kunnen worden voor een hoofdelijke aansprakelijkheid van beide aannemers op grond van art. 6:181 *lid 1*. Het is immers een toevallige omstandigheid dat het gebrek zich manifesteert juist op het moment dat de ene – en niet de andere – aannemer de machine benut.<sup>91</sup>

Gedacht kan ook worden aan het gebruik van zaken in concernverhoudingen of in anderszins onderling gelieerde bedrijven.<sup>92</sup> Stel dat sprake is van een moeder- en dochtervennootschap, terwijl laatstgenoemde een (gebrekkige) zaak gebruikt met schade bij een derde tot gevolg. Kunnen moeder en dochter voor de toepassing van art. 6:181 geacht worden tezamen één bedrijf uit te oefenen, met als gevolg dat

90 Kanalisering naar de laatste in de keten geldt blijkens *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 44 ook voor meerdere bewaarders uit lid 2 van art. 6:175. Dat art. 6:181 lid 3 niet enkel van ‘bedrijf’ maar ook van ‘beroep of bedrijf’ spreekt, komt nader aan de orde in par. 6.6.4.

91 Vgl. Van Dam 2013, nr. 303-4, die omtrent het Franse art. 1384 Cc over de aansprakelijkheid voor zaken treffend aangeeft dat tennisspelers vanwege ‘similar powers over the thing’ beiden als ‘gardien’ van de tennisbal hebben te gelden. De graafmachine zou in de gegeven casus als ‘tennisbal’ gezien kunnen worden, met als gevolg een cumulatieve aansprakelijkheid van beide gebruikers ex lid 1 van art. 6:181.

92 Vgl. bijvoorbeeld het gebruik van een bedrijfsunit door zustervennootschappen in HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*). Zie over dit arrest par. 7.6.5.1 e.v.

op ieder hoofdelijk tegenover de benadeelde de aansprakelijkheid ex art. 6:181 rust?<sup>93</sup> In mijn ogen dient de hier voorliggende vraag, anders dan in de literatuur wel wordt aangenomen,<sup>94</sup> niet beantwoord te worden aan de hand van het bedrijfsbegrip – of dit zich tegelijkertijd over meerdere bedrijven kan uitstrekken – maar het *gebruiks*begrip van art. 6:181. In geval van betrokkenheid van een moeder- en dochtervennootschap zal aan het bedrijfsbegrip immers zonder meer zijn voldaan; het komt erop aan wie als ‘gebruiker’ van de betreffende zaak heeft te gelden. Dat is mijns inziens in beginsel de dochtervennootschap die zich feitelijk van de zaak bedient, omdat deze in de verhouding met de moedervennootschap in de beste positie zal verkeren invloed op de aan de zaak verbonden risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen.<sup>95</sup>

In verband met art. 6:181 lid 2 worden ook gebracht gevallen van schade veroorzaakt door zaken van een op voet van art. 6:171 ingeschakelde niet-ondergeschikte opdrachtnemer. Moet worden aangenomen dat een zelfstandige hulppersoon die in het kader van de bedrijfsmatige opdracht gebruik maakt van hem toebehorende (gebrekkige) zaken, deze daarmee ter beschikking stelt aan zijn opdrachtgever als bedoeld in art. 6:181 *lid 2*? Het gevolg daarvan zou zijn dat voor deze zaken enkel de opdrachtgever kwalitatief aansprakelijk is. Hartkamp zat aanvankelijk op dat spoor,<sup>96</sup> maar meende ‘bij nadere overweging’ dat een aansprakelijkheid van zowel opdrachtnemer als opdrachtgever ex art. 6:181 *lid 1* op zijn plaats is.<sup>97</sup> In mijn ogen behoort in dit soort situaties de aansprakelijkheid in beginsel juist enkel te rusten bij de zelfstandige opdrachtnemer, en wel omdat hij in de verhouding met de opdrachtgever degene is die wordt geacht in de beste positie te verkeren de aan de zaak verbonden risico’s te beïnvloeden.<sup>98</sup>

Voor wat betreft de bewijstechnische kant van art. 6:181 lid 2 (en lid 3) is Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*) vermeldenswaard. Hierin overkwam de benadeelde een paardrijongeval tijdens een rijles en werd manege Caprice ex art. 6:179 jo. 181 tot schadevergoeding aangesproken. De manege verweerde zich met de stelling dat het schadeveroorzakende paard ten tijde van het ongeval door *een ander* in de uitoefening van een bedrijf werd gebruikt als bedoeld in lid 2 van art. 6:181. Naar aanleiding hiervan legde het hof de bewijslast van het feit dat op het moment van het ongeval inderdaad een ander als ‘eindgebruiker’ had te gelden bij de op grond van art. 6:181 lid 1 aangesproken manege:

‘Het beroep van Caprice op de toepasselijkheid van art. 6:181 tweede lid BW, kan slechts slagen indien komt vast te staan dat [instructeur] – ook – als een bedrijfsmatige (eind)gebruiker moet worden aangemerkt. (...) Het hof is van oordeel dat het op de weg van Caprice had gelegen, nu

93 Zie voor tegengestelde opvattingen Wessels 1989, p. 56-58 en Schoonbrood-Wessels 1991, p. 793-798, alsook *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8, waar de opvatting van laatstgenoemde, dat de aansprakelijkheid behoort te rusten op alleen degene die de zaak feitelijk in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt, gevolgd lijkt te worden.

94 En in navolging daarvan recentelijk ook plaatsvervangend P-G Langemeijer in zijn conclusie sub 3.4 voor HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*).

95 Zie voor een nadere uitwerking van deze gedachte hoofdstuk 7, alwaar wordt betoogd dat de afbakening tussen de in lid 1 en 2 van art. 6:181 bedoelde situaties geschiedt door middel van het – aan de hand van zeggenschap in te vullen – gebruiksbegrip van art. 6:181 *lid 1*.

96 Asser/Hartkamp 4-III 1990/184.

97 Asser/Hartkamp 4-III 2006/184, en in dezelfde zin nog altijd Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

98 Zie voor een nadere uitwerking van deze gedachte par. 7.7.4.

zij uitdrukkelijk een beroep doet op de toepasselijkheid van dit artikellid, dit beroep genoegzaam te onderbouwen, nu de stelplicht en bewijslast terzake op haar rust. Naar het oordeel van het hof heeft Caprice niet aan die stelplicht voldaan. Geen sprake is van enige onderbouwing van de volgens Caprice vermeende bedrijfsmatige activiteiten van [instructeur] en ook een gespecificeerd bewijsaanbod, hetgeen verwacht mag worden nu de bewijslast op Caprice rust, ontbreekt.’

Het hof leidt uit art. 6:181 lid 2 af dat het aan de op voet van art. 6:181 lid 1 aangesprokene is om ter bevrijding van aansprakelijkheid aan te tonen dat *een ander* bedrijfsmatige ‘eindgebruiker’ is in de zin van lid 2 van art. 6:181. Verderop in deze studie wordt betoogd dat lid 2 van art. 6:181 neerkomt op een overbodige uitwerking van art. 6:181 lid 1, alsmede dat de problematiek van meerdere betrokken bedrijven wordt opgelost via het – aan de hand van zeggenschap in te vullen – gebruiksbegrip van art. 6:181 lid 1.<sup>99</sup> Degene die iemand op voet van art. 6:181 als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ aansprakelijk acht, zal dan ook in beginsel de bewijslast dragen dat de aangesprokene degene was die ten tijde van de schadeveroorzaking de (grootste mate van) zeggenschap had over het risico waartegen de art. 6:173, 174 en 179 beogen te beschermen. Wanneer de ex art. 6:181 aangesprokene dit betwist, bijvoorbeeld door te verwijzen naar *een ander*, betreft dit geen bevrijdend maar een bestrijdend verweer.<sup>100</sup> Daarmee blijft ingevolge art. 150 Rv de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) betreffende het bedrijfsmatige ‘gebruik’ van de zaak door de aangesprokene rusten bij de benadeelde. Zodoende is het in mijn optiek ook in een geval als de *Caprice*-zaak de benadeelde die de bewijslast draagt – en blijft dragen – van het bedrijfsmatige ‘gebruik’ van het dier in de zin van art. 6:181 lid 1. Anders dan het hof aannam, was het naar mijn idee daarom niet aan manege Caprice om ter bevrijding van aansprakelijkheid aan te tonen dat ten tijde van het ongeval *een ander* als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van het paard had te gelden. Uiteraard kan wel gelden dat van een ex art. 6:181 aangesproken partij wordt verlangd feiten en omstandigheden aan te geven die ‘meer in haar sfeer liggen’ dan in die van de benadeelde, teneinde laatstgenoemde aanknopingspunten te verschaffen ter inrichting van zijn stellingen.<sup>101</sup>

### 3.5 ‘Bijzondere’ personen

Voor schade veroorzaakt door de door art. 6:173, 174, 179 en 181 bestreken zaken, treffen we binnen afd. 6.3.2 BW niet alleen de *bezitter* en *bedrijfsmatige gebruiker* als kwalitatief aansprakelijke aan. ‘Nadere regels’<sup>102</sup> wijzen een aantal andere

99 Zie nader par. 7.7.1.

100 Zie over bestrijdende en bevrijdende verweren betreffende de toepassing van art. 6:181 uitvoeriger par. 4.6.6.

101 Dit op straffe van een omkering van de bewijslast, het gestelde als onvoldoende betwist als vaststaand aannemen dan wel het aannemen van een bewijsvermoeden. Zie over deze verzwaarde motiveringsplicht – ook wel verzwaarde stelplicht genoemd – Asser Procesrecht/Asser 3 2013/306; Thoe Schwartzberg 2013, p. 111-120; Rutgers en Krans 2014, p. 65-68. Zie voorts HR 20 november 1987, *NJ* 1988/500, m.nt. Haardt (*Timmer/Deutman*); HR 17 november 2000, *NJ* 2001/596, m.nt. Asser (*Unilever/Dikmans*); HR 15 december 2006, *NJ* 2007/203, m.nt. Mok (*NNEK/Mourik*); HR 27 april 2007, *NJ* 2008/462, m.nt. Heerma van Voss (*Kalai/Petit*); HR 4 april 2014, *NJ* 2014/368, m.nt. Hartlief (*Reaal/Deventer*).

102 Parl. gesch. Boek 6, p. 745.

personen als kwalitatief aansprakelijke aan. Deze ‘anderen’ dan de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker duid ik hierna wel aan als ‘bijzondere’ personen. Ten tijde van het Gewijzigd Ontwerp ging het om de *medebezitter* (art. 6:180 lid 1), *de verkrijger onder opschortende voorwaarde* (art. 6:180 lid 2), *de bewaarder en vervoerder* (art. 6:175 lid 2), *de erfpachter* (art. 6:174 lid 2, eerste zin), *de weg- en leidingbeheerder* (art. 6:174 lid 2, tweede zin), alsmede *de ouder/voogd* (art. 6:183 lid 2).<sup>103</sup> Hieraan kunnen inmiddels nog ‘nadere regels’ van latere datum worden toegevoegd,<sup>104</sup> met als ‘bijzondere’ personen *de beheerder van een waterstaatswerk en de kabelbeheerder* (art. 6:174 lid 2, tweede zin), alsmede *de exploitant van een ondergronds werk* (art. 6:174 lid 3). Ook kan in dit verband, zij het weliswaar buiten afd. 6.3.2 BW, *de producent* (afd. 6.3.3 BW) als ‘bijzonder’ persoon worden genoemd.<sup>105</sup> Op deze laatste kan gezien de omschrijving van ‘product’ in art. 6:187 lid 1 namelijk een kwalitatieve aansprakelijkheid rusten voor schade door objecten die tevens als een roerende zaak, opstal of gevaarlijke stof zijn aan te merken.<sup>106</sup> Het huidige kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht biedt al met al een breed palet aan (potentieel) kwalitatief aansprakelijken in geval van schade veroorzaakt door de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde gevaarsobjecten. In deze paragraaf komt aan de orde hoe de aansprakelijkheid van de voornoemde ‘bijzondere’ personen zich verhoudt tot die van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173, 174, 179 en 181. Daarbij zij alvast opgemerkt dat in de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp alle voornoemde ‘nadere regels’ over één kam werden geschoren,<sup>107</sup> terwijl zoals nog zal blijken de ene ‘bijzondere’ persoon toch bepaald de andere niet is.

### 3.5.1 *Personen die (deels) ‘buiten’ het stelsel van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 staan*

Het startpunt van mijn analyse is de huidige tekst van lid 1 van art. 6:181, die als volgt luidt:

(Art. 6:181 lid 1)

‘Worden de in de artikelen 173, 174 en 179 bedoelde zaken, opstallen of dieren gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, dan rust de aansprakelijkheid uit de *artikelen 173 lid 1, 174 lid 1 en lid 2, eerste zin, en 179* op degene die dit bedrijf uitoefent (...).’ (curs. AK)

*Close reading* leert dat van de genoemde artikelen 6:173, 174 en 179 alleen de aansprakelijkheid uit art. 6:179 in het geheel wordt noemt in art. 6:181 lid 1. Dit eerste lid van art. 6:181 noemt van art. 6:173 enkel lid 1 en bevat – anders dan zoals art. 6:173 in lid 2 – geen verwijzing naar de producent uit afd. 6.3.3 BW.

<sup>103</sup> Respectievelijk ontwerp-art. 6.3.2.9, art. 6.3.2.6 lid 2, art. 6.3.2.7 lid 2 en art. 6.3.2.11 lid 2 G.O.

<sup>104</sup> De aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, derhalve ook die van de bewaarder/vervoerder ex art. 6:175 lid 2, werd bij de ‘Stofkam-operatie’ in 1983 geschrapt uit het wetsvoorstel NBW en later als onderdeel van de Aanvullingswet 1995 alsnog ingevoerd.

<sup>105</sup> Zie voor de totstandkoming/historie van een en ander hoofdstuk 2.

<sup>106</sup> Zie par. 3.5.3, alsook par. 6.6.3.

<sup>107</sup> Althans de ‘nadere regels’ ten tijde van het Gewijzigd Ontwerp.

Van art. 6:174 noemt art. 6:181 alleen de aansprakelijkheid uit lid 1 en lid 2, *eerste zin*. Art. 6:181 lid 1 noemt niet de *tweede zin* van art. 6:174 lid 2, waarin de aansprakelijkheden van de weg-, waterstaatswerk-, kabel- en leidingbeheerder zijn opgenomen. De aansprakelijkheden van de in lid 3 van art. 6:174 genoemde exploitant van een ondergronds werk wordt evenmin vermeld in art. 6:181 lid 1. De positie van de producent in relatie tot de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker komt hierna in een afzonderlijke paragraaf (par. 3.5.3) aan de orde.

Bezien we nu art. 6:174 lid 2, tweede zin (openbare wegen, waterstaatswerken, leidingen, kabels) nader, dan heeft de wetgever ervoor gekozen de aansprakelijkheid voor deze objecten *niet* op de bezitter te leggen. Voorts geldt als gezegd dat art. 6:174 lid 2, tweede zin *niet* is opgenomen in art. 6:181 lid 1. In andere woorden, in geval van schade door de in art. 6:174 lid 2, tweede zin genoemde objecten wordt de kwalitatieve aansprakelijkheid *linea recta* gedirigeerd naar de daartoe aangewezen (enige) persoon.<sup>108</sup> Het gaat om aansprakelijkheden die ex art. 6:174 *niet* op de bezitter maar een ander rusten en ook *niet* door art. 6:181 worden bestreken.<sup>109</sup> Degene die kwalitatief aansprakelijk is, wordt derhalve ‘rechtstreeks’ aangewezen ongeacht de vraag naar het bezit of het in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatig gebruik van het betreffende object.<sup>110</sup> De weg-, waterstaatswerk-, leiding- en kabelbeheerder staan zodoende dus ‘buiten’ de systematiek van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 voor wat betreft het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke.<sup>111</sup> Hoewel van samenloop zodoende geen sprake is – er wordt niet te midden van meerdere (potentieel) kwalitatief aansprakelijken één persoon als aansprakelijke aangewezen; er is in potentie maar één kwalitatief aansprakelijke –, geldt wel dat is beoogd de aansprakelijkheden voor openbare wegen, waterstaatswerken, leidingen en kabels (art. 6:174 lid 2, tweede zin) te ‘concentreren’ op een duidelijk aanwijsbaar adres. De gedachte daarachter is steeds soortgelijk, namelijk het willen voorkomen dat de eigenaar van de (onder- of boven)grond door natrekking (art. 5:20) ook eigenaar/bezitter is van (een deel van) het betreffende object en uit dien hoofde ex art. 6:174 lid 1 aansprakelijk kan zijn in geval van een gebrek. Het wordt daarentegen ‘redelijker’ geacht niet de eigenaar/bezitter maar de beheerder, die ervoor moet zorgdragen dat het object in goede staat verkeert, met de kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten. Voorts geldt de gedachte dat de benadeelde langs eenvoudig vaststelbare weg zijn schade moet kunnen verhalen, in die zin dat deze, voordat een aanspraak geldend kan worden gemaakt, niet te rade hoeft te gaan bij de regels van natrekking ten opzichte van de grond. Art. 6:174 lid 2, tweede zin ‘kanaliseert’ de aansprakelijkheid voor schade door de betreffende

108 Hiermee op één lijn te stellen is de in art. 8:1661 lid 2 geregelde aansprakelijkheid van de beheerder van de spoorweginfrastructuur aan de hand van het normstelsel van art. 6:174. Zie hierover Rb. Almelo 9 januari 2008, *VR* 2009/44 (*X/Losser en ProRail*).

109 Voor leidingen en kabels geldt dat het *niet* moet gaan om een kabel of leiding die een functionele eenheid vormt met het gebouw of werk. Is daarvan *wél* sprake, dan valt de aansprakelijkheid ‘gewoon’ onder lid 1 van art. 6:174 (bezittersaansprakelijkheid) en zodoende eveneens onder de werking van art. 6:181. Vgl. Rb. Breda 15 oktober 1997, *Prg.* 1997/4858 (*Gesprongen waterleiding*).

110 Steeds maar één kwalitatief aansprakelijke persoon was overigens het spoor waarop het Ontwerp Meijers zat voor alle kwalitatieve aansprakelijkheden. Zie par. 2.6.

111 Vgl. HR 16 november 2001, *NJ* 2002/71 (*Quant/Volkshogeschool Bergen*), waarin een werkgever door een werknemer vergeefs ex art. 6:174 jo. 181 werd aangesproken wegens een vermeend gebrek in de openbare weg, een fietspad dat toegang bood tot het schoolgebouw.



### 3.5.2 Personen waarvoor de bezitter inwisselbaar is

Lid 1 van art. 6:180 bepaalt dat in geval van medebezit van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken iedere *medebezitter* hoofdelijk aansprakelijk is. Art. 6:180 lid 2 legt de bezittersaansprakelijkheid uit de art. 6:173, 174 en 179 op *de verkrijger onder opschortende voorwaarde*. Art. 6:183 lid 2 legt de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173 en 179 (niet ook art. 6:174) op *de ouder of voogd* van het kind jonger dan veertien jaar. Art. 6:174 lid 2 wijst voor opstellen *de erfpachter* als aansprakelijke aan. Wanneer een van deze ‘bijzondere’ personen valt aan te wijzen, rust *in plaats van* op de bezitter op hem de kwalitatieve aansprakelijkheid. Met andere woorden, kenmerk van alle zojuist genoemde ‘bijzondere’ personen is dat de bezitter uit art. 6:173 lid 1, 174 lid 1 en 179 daarvoor inwisselbaar is.<sup>119</sup> Nu art. 6:181 lid 1 exclusieve werking ten opzichte van de bezitter uit art. 6:173 lid 1, 6:174 lid 1 en 179 heeft, heeft art. 6:181 dat ook ten opzichte van de ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter in bepaalde gevallen wordt ingewisseld c.q. op wie onder omstandigheden de aansprakelijkheid wordt gelegd die normaliter op de bezitter rust. Is art. 6:181 toepasselijk, dan rust derhalve geen kwalitatieve aansprakelijkheid op de bezitter of de ‘bijzondere’ personen die deze onder omstandigheden vervangen. Waar de aansprakelijkheid van de zojuist genoemde ‘bijzondere’ personen exclusief werkt ten opzichte van die van de bezitter, werkt de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker exclusief ten opzichte van die van de bezitter *inclusief* diens plaatsvervangers.

De gedachte achter alle ‘nadere regels’ die de bezitter soms inwisselen voor een andere aansprakelijke persoon is dezelfde: niet in alle gevallen waarin van bedrijfsmatig gebruik *geen* sprake is, wordt het billijk geacht de aansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 bij de bezitter te leggen. Wanneer door de eigenaar een opstal in erfpacht aan een ander wordt uitgegeven (art. 6:174 lid 2, eerste zin), is die ander bevoegd deze opstal te houden en gebruiken.<sup>120</sup> Dan is het ‘redelijker’, zo voegt de toelichting hieraan toe, dat voor door de opstal veroorzaakte schade niet de bloot-eigenaar maar de erfpachter, ondanks dat deze slechts houder van de opstal is, aansprakelijk is.<sup>121</sup> De gedachte lijkt te zijn dat in geval van erfpacht de erfpachter wordt geacht een sprekender band met de opstal te hebben dan de eigenaar/bezitter.<sup>122</sup> Wordt een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak onder eigendomsvoorbehoud geleverd, dan gaat de aansprakelijkheid uit deze artikelen ingevolge art. 6:180 lid 2 op het tijdstip van de overdracht over op de verkrijger. Hoewel het volgens de toelichting twijfelachtig is of bijvoorbeeld een huurkoper van een zaak daarvan ook bezitter is – de vervreemder blijft eigenaar totdat de

119 Voor art. 6:180 lid 1 is het zuiverder te stellen dat deze bepaling de bezittersaansprakelijkheid uitbreidt tot *medebezitters*.

120 Zie art. 5:85 lid 1.

121 Parl. gesch. Boek 6, p. 756. Zie ook Bauw 2015, p. 31; Klaassen 1991, p. 110.

122 Vgl. Knijf 1973, p. 72: ‘Indien een gebouw is gesticht op grond die in erfpacht is afgestaan, is de bezitter van het erfpachtsrecht, dus de erfpachter en niet de blote eigenaar van de grond aansprakelijk. Dit is alleszins redelijk: hoewel de erfpachter houder is en niet bezitter, is hij toch in feite degenen die bij uitstek macht uitoefent over het tot zijn vermogen behorende gebouw.’



verkrijger de koopprijs heeft voldaan en tot die tijd is de koper slechts *detentor* –, heeft men zeker willen stellen dat vanaf de overdracht niet de bezitter maar de detentor de kwalitatief aansprakelijke is.<sup>123</sup> Ook hier geldt dat de verkrijger vanaf de overdracht van de zaak daarmee een sprekender band heeft dan de vervreemder.<sup>124</sup> Art. 6:183 lid 2 vervangt de bezitter van de in art. 6:173 en 179 bedoelde zaken als aansprakelijke persoon ingeval dit een kind jonger dan veertien jaar betreft.<sup>125</sup> In plaats van op het jonge kind rust de aansprakelijkheid op diens ouders/voogd. Deze aanvulling van art. 6:169 lid 1 – de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders voor schadeveroorzakende gedragingen van kinderen jonger dan veertien jaar – wordt ‘redelijk’ geacht, omdat de ouders/voogd erop hebben toe te zien dat het kind behoorlijk voor de aan hem toebehorende zaken en dieren zorgt dan wel die zorg zelf behoren uit te oefenen. Behalve het aspect van invloed op de aan de zaak verbonden risico’s, wordt ook acht geslagen op de verhaalsmogelijkheden van de benadeelde. De toelichting vermeldt namelijk voorts dat de ouders/voogd zich niet moeten kunnen verschuilen achter het feit dat de in art. 6:173 en 179 bedoelde zaken en dieren niet in hun bezit zijn maar in dat van het kind, op wie wellicht geen verhaal mogelijk is.<sup>126</sup> Hier wordt ook duidelijk waarom art. 6:183 lid 2 *niet* geldt voor de in art. 6:174 bedoelde *opstallen* waarvan een kind bezitter is. Anders zou, aldus de toelichting, ter vergoeding van de aangerichte schade op het gebouw of werk zélf geen verhaal mogelijk zijn.<sup>127</sup> Tot slot nog de ‘nadere regel’ van lid 1 van art. 6:180, die bepaalt dat in geval van medebezit van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken iedere medebezitter tegenover de benadeelde hoofdelijk aansprakelijk is. Dit wordt redelijk geacht omdat elke medebezitter in dezelfde relatie tot de schadeveroorzakende staat,<sup>128</sup> terwijl zodoende bovendien wordt voorkomen dat de benadeelde onderzoek moet doen naar het aantal medebezitters en ieders aandeel in de zaak.<sup>129</sup>

De zojuist besproken ‘nadere regels’ vervangen de bezitter steeds door een ‘bijzonder’ persoon, omdat deze wordt geacht – in vergelijking met de bezitter – in de beste positie te verkeren invloed uit te oefenen op de aan de zaak verbonden risico’s en schade te voorkomen.<sup>130</sup> Aan de vervanging van de bezitter door de ouder/voogd ingevolge art. 6:183 lid 2 ligt bovendien nog een nadrukkelijk *deep pocket*-argument ten grondslag. Hoewel alle voornoemde ‘bijzondere’ personen de bezitter vervangen en de exclusieve werking van art. 6:181 aldus ook hen regardeert, blijkt dit niet eenvormig uit de redactie van afd. 6.3.2 BW. Zo is de in art. 6:174 lid 2, eerste zin neergelegde aansprakelijkheid van de erfpachter

123 Parl. gesch. Boek 6, p. 766-767; Bauw 2015, p. 15; Klaassen 1991, p. 90-91.

124 Vgl. hier ook de gedachte achter art. 6:181 lid 2 en 3. Zie daarover par. 3.4, alsook par. 7.7.1 en 7.7.2.

125 Art. 6:183 lid 2 vormt een uitzondering op lid 1 van deze bepaling, dat bepaalt dat ter zake van aansprakelijkheid ex afd. 6.3.2 BW de aangesprokene geen beroep kan doen op zijn op zijn jeugdige leeftijd of geestelijke of lichamelijke tekortkoming. Vgl. ook art. 6:164 en 6:165 lid 1.

126 Parl. gesch. Boek 6, p. 768.

127 Parl. gesch. Boek 6, p. 768; Klaassen 1991, p. 91-93.

128 Zie voor de in art. 6:174 bedoelde opstallen het *Hangmat*-arrest, r.o. 4.3.5.

129 Parl. gesch. Boek 6, p. 752, 756 en 766.

130 Zie nader over de achtergrond van de diverse kanaliseringconstructies in afd. 6.3.2 BW par. 7.5.

opgenomen in art. 6:181 lid 1 zelf, kent de ouder/voogd in art. 6:183 lid 2 een eigen tenzij-clausule die naar art. 6:181 wijst, terwijl voor de medebezitter uit art. 6:180 lid 1 en verkrijger onder opschortende voorwaarde uit art. 6:180 lid 2 daarentegen én geen vermelding in art. 6:181 lid 1 zelf én geen eigen verwijzing naar art. 6:181 geldt. Toch geldt voor al deze ‘bijzondere’ personen – net zoals voor de bezitter – dat in geval van bedrijfsmatig gebruik ingevolge art. 6:181 de kwalitatieve aansprakelijkheid niet op hen maar op de bedrijfsmatige gebruiker rust. Art. 6:181 bepaalt immers in gevallen van bedrijfsmatig gebruik dat ‘de aansprakelijkheid uit art. 6:173 lid 1, 174 lid 1 en lid 2, eerste zin, en 179’ op de bedrijfsmatige gebruiker rust. Dit zijn aansprakelijkheden die niet alleen op de bezitter (kunnen) rusten, maar ook op de ‘bijzondere’ personen die hem vervangen. Ook op een ‘bijzondere’ persoon die plaatsvervangend aansprakelijk is, rust derhalve geen kwalitatieve aansprakelijkheid ingeval een ander als bedrijfsmatige gebruiker heeft te gelden. Dat is ook goed te verklaren, aangezien voor deze persoon – net zoals voor de bezitter zelf<sup>131</sup> opgaat dat in geval van bedrijfsmatig gebruik door een ander niet hij maar de bedrijfsmatige gebruiker wordt geacht in de beste positie te verkeren invloed uit te oefenen op de aan de zaak verbonden risico’s en schade te voorkomen.

Zo beschouwd is de voor de ouder/voogd geldende tenzij-clausule in art. 6:183 lid 2 overbodig. Het is namelijk niet deze clausule die de aansprakelijkheid in plaats van op de ouder/voogd op de bedrijfsmatige gebruiker doet rusten, maar reeds art. 6:181 zélf. Het ‘vangnet’ van art. 6:183 lid 2 komt in een voorkomend geval pas in beeld zodra is geconstateerd dat van bedrijfsmatig gebruik ex art. 6:181 géén sprake is. De tenzij-clausule van art. 6:183 lid 2, die dan tóch weer naar de bedrijfsmatige gebruiker verwijst, heeft daarom geen zelfstandige functie.<sup>132</sup>

Ook het in art. 6:181 lid 1 zelf nog eens opnemen van de erfpachter uit art. 6:174 lid 2, eerste zin komt overbodig voor. Op de erfpachter rust in bepaalde gevallen de (bezitters)aansprakelijkheid van art. 6:174 lid 1. Nu in art. 6:181 lid 1 al naar die aansprakelijkheid wordt verwezen, hoeft de erfpachter uit art. 6:174 lid 2, eerste zin niet ook nog eens afzonderlijk in art. 6:181 vermeld te worden. Het is echter wel verklaarbaar dat de wetgever daarvoor heeft gekozen. De erfpachter wordt in lid 2 van art. 6:174 namelijk tezamen genoemd met de weg-, waterstaatswerk-, kabel- en leidingbeheerder (art. 6:174 lid 2, *tweede zin*). De aansprakelijkheid van de vier laatste ‘bijzondere’ personen krijgt haar beslag (wél) volledig buiten art. 6:181 om.<sup>133</sup> Wanneer in art. 6:181 lid 1 nu enkel naar lid 1 van art. 6:174 (bezitter) zou worden verwezen – en niet ook naar de erfpachter uit art. 6:174 lid 2 – zou daaruit wellicht de (onjuiste) gevolgtrekking gemaakt kunnen worden dat de erfpachter het spoor van de vier andere ‘bijzondere’ personen (de verschillende beheerders) uit lid 2 van art. 6:174 volgt. Het in art. 6:181 lid 1 verwijzen naar art. 6:174 lid 2 als zodanig is echter ook geen optie, omdat dan de (onjuiste) indruk

---

131 Zie par. 3.3.3.1 en 3.3.3.2.

132 Zie over het ‘vangnet’ van de aansprakelijkheid van de bezitter inclusief de personen waarvoor deze ‘inwisselbaar’ is nader par. 4.4.1, 4.4.2 en 4.6.2.

133 Par. 3.5.1.

wordt gewekt dat art. 6:181 óók exclusief kan werken ten opzichte van de vier genoemde beheerders, terwijl deze – anders dan de erfpachter – juist los staan van de ‘voorrangsregel’ van art. 6:181. Als oplossing is er door de wetgever kennelijk voor gekozen de erfpachter (art. 6:174 lid 2, eerste zin), zij het dus strikt genomen ten overvloede, afzonderlijk in art. 6:181 lid 1 te vermelden. In mijn ogen bestond ook een andere optie, namelijk het onderbrengen van de erfpachter *niet* in art. 6:174 lid 2, eerste zin maar in art. 6:174 lid 1 als laatste zin. De verwijzing naar art. 6:174 lid 2, eerste zin (erfpachter) in art. 6:181 lid 1 had dan achterwege kunnen blijven, terwijl toch duidelijk was dat art. 6:181 óók exclusieve werking heeft jegens de erfpachter van een opstal: de aansprakelijkheid uit art. 6:174 lid 1 (waaronder dan dus die van de bezitter én diens ‘vervanger’ de erfpachter zijn begrepen) wordt immers genoemd in art. 6:181 lid 1.<sup>134</sup>

In feite is alleen de redactie van art. 6:180 betreffende de medebezitter (lid 1) en verkrijger onder opschortende voorwaarde (lid 2) zuiver vormgegeven, namelijk zónder (overbodige) eigen tenzij-clausule die naar art. 6:181 verwijst en zónder (overbodige) afzonderlijke vermelding in art. 6:181 lid 1 zelf. Deze beide constructies kunnen ook heel wel gemist worden, aangezien zodra art. 6:181 toepasselijk is immers al uit die ‘voorrangsregel’ zélf volgt dat niet wordt toegekomen aan een aansprakelijkheid van een ‘bijzondere’ persoon als de medebezitter (lid 1) of verkrijger onder opschortende voorwaarde (lid 2) uit art. 6:180.<sup>135</sup>

### 3.5.3 De producent (afd. 6.3.3 BW)

In het kader van ‘samenloop’ van kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken, verdient de in afd. 6.3.3 BW geregelde productenaansprakelijkheid afzonderlijke aandacht. Art. 6:185 legt een kwalitatieve aansprakelijkheid op de *producent* voor schade door een gebrek in zijn product.<sup>136</sup> Onder ‘product’ wordt volgens art. 6:187 lid 1, behoudens elektriciteit, verstaan een roerende zaak, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak. Onder gebrek wordt begrepen het niet bieden van de te verwachten veiligheid (art. 6:186 lid 1) en onder producent onder meer de fabrikant van een onderdeel of eindproduct (art. 6:187 lid 2-4). De achtergrond van art. 6:185 e.v. betreft eveneens bescherming tegen ‘bronnen van verhoogd gevaar’.<sup>137</sup> Omdat een gebrekkig product ex art. 6:186 jo. 187 vaak ook kwalificeert als een gebrekkige roerende zaak, kan zich hier gemakkelijk samenloop voordoen van afd. 6.3.3 BW met art. 6:173 jo. 181.<sup>138</sup> En aangezien een zaak een product blijft ook nadat deze bestanddeel is gaan vormen van een (andere) onroerende zaak – denk aan een opstal waarin producten als hout, steen, verf of lijm zijn verwerkt –, kan zich eveneens samenloop voordoen van afd. 6.3.3 BW met art. 6:174 jo. 181.<sup>139</sup> In

134 Zie nader hoofdstuk 9 en de bijlage achter dit hoofdstuk over deze suggestie en ook andere aanbevelingen betreffende het aanpassen van de redactie van afd. 6.3.2 BW.

135 Vgl. ook par. 4.4.1, 4.4.2, 4.5 en 4.6.2.

136 Gebaseerd op de Europese Richtlijn 1985/374/EG. De regeling van productenaansprakelijkheid werd per 1 november 1990 geïmplementeerd door de invoeging van de artikelen 1407a-j OBW, en na inwerkingtreding van Boek 6 BW in 1992 ondergebracht in afd. 6.3.3 BW.

137 Parl. gesch. Boek 6, p. 782-787.

138 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13.

139 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13.

geval van schade door een gebrekkige roerende zaak of opstal kan daarom naast de *bezitter of bedrijfsmatige gebruiker* ex art. 6:173, 174 jo. 181 ook de *producent* zich als daarvoor kwalitatief aansprakelijke aandienen. Voorts kan een product kwalificeren als een in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stof.<sup>140</sup> Aldus kan zich ook samenloop voordoen tussen de door art. 6:181 lid 3 aangewezen *beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker* en de *producent* van een gevaarlijke stof?<sup>141</sup> De verhouding tussen afd. 6.3.2 BW en afd. 6.3.3 BW is in dit verband temeer van belang, nu afd. 6.3.3 BW een van het voor afd. 6.3.2 BW geldende art. 3:310 afwijkende verjarings-/vervaltermijn kent. In plaats van de op grond van art. 3:310 ‘gebruikelijke’ relatieve verjaringstermijn van 5 jaar (art. 3:310 lid 1 en 5) en een absolute verjaringstermijn van 20 jaar (art. 3:310 lid 1) respectievelijk 30 jaar (art. 3:310 lid 2), geldt voor afd. 6.3.3 BW een ‘eigen’ verjaringstermijn van 3 jaar (art. 6:191 lid 1) en een vervaltermijn van 10 jaar (art. 6:191 lid 2). Stel bijvoorbeeld dat een vordering op grond van afd. 6.3.3 BW tegenover de producent is verjaard of vervallen; staat ter zake van dezelfde schade dan nog een vordering open op grond van afd. 6.3.2 BW jegens de door deze afdeling aangewezen kwalitatief aansprakelijke?<sup>142</sup>

### 3.5.3.1 ROERENDE ZAKEN

Ingeval een in art. 6:173 bedoelde gebrekkige roerende zaak schade veroorzaakt terwijl dit schadefeit tevens door afd. 6.3.3 BW wordt bestreken, heeft de wetgever een cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker van de zaak enerzijds en anderzijds de producent willen vermijden. Van alternativiteit, in de zin dat de benadeelde een keuzemogelijkheid voor wat betreft de aansprakelijke persoon toekomt, is evenmin sprake. In geval van samenloop wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de producent: afd. 6.3.3 BW heeft *exclusieve werking* ten opzichte van art. 6:173 jo. 181. De parlementaire geschiedenis vermeldt in dit verband:<sup>143</sup>

‘Verwacht mag worden dat in een belangrijk aantal gevallen waarin een gebrek van een roerende zaak tot aansprakelijkheid op grond van artikel [6:173] leidt, tevens sprake zal zijn van een gebrek als bedoeld in de bepalingen betreffende produktaansprakelijkheid. Dat zich een dergelijke *samenloop* voordoet zal in de regel ook niet moeilijk zijn vast te stellen. In deze omstandigheden kwam het wenselijk voor om een *kanalisering van de aansprakelijkheid* tot stand te brengen, zoals in artikel [6:173 lid 2] neergelegd is. Die bepaling heeft tot gevolg dat degene die de schade leed, *zich in de eerste plaats tot de producent dient te wenden en pas terug kan vallen op degene die krachtens artikel [6:173] (eventueel in verbinding met artikel [6:181]) aangesproken kan worden*, als, alle omstandigheden in aanmerking genomen, aannemelijk is dat het gebrek niet bestond op het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een later tijdstip is ontstaan, alsmede wanneer zich het geval van artikel [6:173 lid 2 onder b] voordoet.’ (curs. AK)

<sup>140</sup> Bijv. Klaassen 1991, p. 343.

<sup>141</sup> Een vraag die in het navolgende ook aan de orde komt, is hoe de aansprakelijkheid van de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker (lid 1) dan wel bewaarder (lid 2) van een gevaarlijke stof uit art. 6:175 zich verhoudt tot die van de producent ex art. 6:185.

<sup>142</sup> Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3102 (*Gebroken heupprothese*).

<sup>143</sup> *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13.

De aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 en 181 is uitgesloten op het gebied dat door afd. 6.3.3 BW wordt bestreken. Dit wordt bewerkstelligd door de kanaliseringsregel van lid 2 van art. 6:173. Waar lid 1 van art. 6:173 de bezitter als aansprakelijke aanwijst voor schade veroorzaakt door een gebrekkige roerende zaak, laat het – niet gemakkelijk te doorgronden – tweede lid van art. 6:173 daarop volgen:

(art. 6:173 lid 2)

“Indien de zaak niet aan de in het vorige lid bedoelde eisen voldoet wegens een *gebrek* als bedoeld in afdeling 3 van titel 3,<sup>144</sup> bestaat geen aansprakelijkheid op grond van het vorige lid voor *schade* als in die afdeling bedoeld,<sup>145</sup> tenzij:

- a. alle omstandigheden in aanmerking genomen, aannemelijk is dat het gebrek *niet bestond* op het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een *later tijdstip is ontstaan*;<sup>146</sup> of
- b. het betreft zaakschade ter zake waarvan krachtens afdeling 3 van titel 3 geen recht op vergoeding bestaat op grond van de in die afdeling geregelde *franchise*.<sup>147</sup> (curs. AK)

Lid 2 van art. 6:173 kanaliseert de aansprakelijkheid voor schade door zogeheten ‘productiegebreken’ in een roerende zaak naar de producent. Hier wordt ook wel gesproken van een ‘klevende aansprakelijkheid’: de producent blijft aansprakelijk voor een eenmaal door hem in het verkeer gebracht gebrekkig product, ongeacht de verdere lotgevallen daarvan.<sup>148</sup> Een uitzondering hierop vormen productiegebreken die zaakschade in de privésfeer veroorzaken in een omvang die onder de franchise van € 500,- blijft.<sup>149</sup> Hiermee heeft men willen voorkomen dat een producent zich geconfronteerd kan zien met talloze vorderingen van maar een gering financieel belang.<sup>150</sup>

Hoewel enkel art. 6:173 met lid 2 – en niet ook art. 6:181 zelf – een kanaliseringsregel met het oog op afd. 6.3.3 BW kent, blijkt uit de voormelde totstandkomingsgeschiedenis dat wat voor de bezitter uit art. 6:173 in relatie tot de producent opgaat eveneens voor de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 in relatie

144 Op grond van art. 6:186 lid 1 is een product als gezegd gebrekkig indien het kort gezegd niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten.

145 Afd. 6.3.3 BW ziet blijkens art. 6:190 lid 1 enkel op (sub a) schade door dood en lichamelijk letsel en (sub b) zaakschade in de privésfeer met toepassing van een franchise van € 500,-. Afd. 6.3.3 BW ziet zodoende bijvoorbeeld niet op zaakschade in de bedrijfsmatige/professionele sfeer. Zie voor niet-toepasselijkheid van afd. 6.3.3 BW op zuiver geestelijk letsel Hof Den Bosch 1 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ7299 (*Uitgebrande auto*).

146 Art. 6:185 lid 1 aanhef en sub b is hierop afgestemd door te bepalen dat de producent aansprakelijk is, *tenzij* deze aannemelijk maakt dat het gebrek niet bestond op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer heeft gebracht, dan wel dat dit gebrek later is ontstaan. Zie hierover nader *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13.

147 Hierop is art. 6:190 lid 1 sub b afgestemd, waaruit volgt dat in geval van aansprakelijkheid van de producent voor zaakschade in de privésfeer een franchise geldt van € 500,-.

148 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9.

149 Art. 6:190 lid 1 sub b. In Nederland geldt de franchise als ‘drempel’: zodra de schade boven de € 500,- uitstijgt, dient door de aansprakelijke persoon het gehele bedrag te worden vergoed. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 27-28; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/267; Spier e.a. 2015/144.

150 Zie over deze ‘kleine claims’ Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 166; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228; Jansen 2007, p. 173.

tot die producent geldt.<sup>151</sup> Is sprake van schade veroorzaakt door een gebrekkige roerende zaak ex art. 6:173 jo. 181 die ook wordt bestreken door de regeling van de productenaansprakelijkheid ex art. 6:185 e.v., dan is afd. 6.3.3 BW *exclusief* toepasselijk.<sup>152</sup> Dat afd. 6.3.3 BW exclusieve werking heeft ten opzichte van art. 6:173 jo. 181, past bij het streven van de wetgever samenloop van verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden zoveel mogelijk te voorkomen door ter zake van hetzelfde schadefeit één persoon kwalitatief aansprakelijk te achten.

Dat náást de producent *niet* ook de bezitter<sup>153</sup> of bedrijfsmatige gebruiker van de roerende zaak kwalitatief aansprakelijk is, is in het kader van de totstandkoming van de regeling van productenaansprakelijkheid als volgt toegelicht:

‘Een van de gevolgen van deze opzet is dat schade door gebreken van roerende zaken, die aanleiding tot aansprakelijkheid van de producent kunnen geven, in de eerste plaats door diens aansprakelijkheidsverzekering zal dienen te worden gedekt, en dat *de schadelast waarmee rekening moet worden gehouden bij verzekering van de aansprakelijkheid van degene van wie op grond van artikel [6:173] schadevergoeding gevorderd kan worden, substantieel vermindert*. Tegen de achtergrond van dit een en ander is het geen onoverkomelijk bezwaar geoordeeld dat artikel [6:173 lid 2] de situatie voor het slachtoffer gecompliceerder maakt en dat hij, om er zeker van te zijn dat hij zijn schade vergoed krijgt, soms genoodzaakt zal zijn *zowel de producent aan te spreken als de bezitter van de zaak of degene die deze in de zin van artikel [6:181] in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikte*.<sup>154</sup> (curs. AK)

De aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 en 181 is uitgesloten op het gebied dat door afd. 6.3.3 BW wordt bestreken. Een beroep wordt gedaan op de voor de aansprakelijkheidsverzekering relevante schadelast van de ex art. 6:173 jo. 181 aansprakelijke. Beoogd is de positie van degene die zich tegen de aansprakelijkheid ex art. 6:173 jo. 181 wenst te verzekeren te verlichten. Een gevolg daarvan is dat de benadeelde die verhaal zoekt wegens schade door een gebrekkige roerende zaak dus twee maal voor een belangrijke keuze kan komen te staan. Ten eerste of de producent van de zaak de aan te spreken persoon is (afd. 6.3.3 BW) óf dat het systeem van art. 6:173 jo. 181 geldt. Blijkt dit laatste het geval te zijn, dan volgt een tweede keuze zijdens de benadeelde, namelijk die voor de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker. De toelichting acht de met de eerste keuzemogelijkheid samenhangende complicaties voor benadeelden niet te bezwaarlijk, omdat groter belang wordt gehecht aan het verzekeringsaspect: exclusieve aansprakelijkheid van de producent leidt tot substantiële

151 Expliciet is ook Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1389.

152 Aangetekend kan nog worden dat indien afd. 6.3.3 BW in beginsel wel toepasselijk is maar men het *niet* juist heeft gevonden de producent aansprakelijk te achten, evenmin nog een aansprakelijkheid rust op de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 jo. 181. Zie Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1389, waar het voorbeeld wordt gegeven van een gebrek dat reeds bestond voor het in het verkeer brengen van het product maar dit in het verkeer brengen niet door de producent is geschied (diefstal). Ex art. 6:185 lid 1 aanhef en sub a is de producent dan niet aansprakelijk, de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 jo. 181 evenmin. Zie ook Spier e.a. 2015, p. 159.

153 Inclusief de ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter uit art. 6:173 in bepaalde gevallen wordt ingewisseld. Zie par. 3.5.2.

154 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13. Zie ook Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1386-1387.

daling van de schadelast waarmee rekening moet worden gehouden bij het afsluiten van een verzekering door degene van wie op grond van art. 6:173 jo. 181 schadevergoeding gevorderd kan worden.

Ik breng in herinnering dat in de wetsgeschiedenis de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:173 eveneens is verdedigd met een verzekeringsargument, in dit geval het voorkomen van dubbele verzekeringslasten.<sup>155</sup> Of dat wel een overtuigend argument betreft, betwijfel ik.<sup>156</sup> Ter verdediging van de exclusieve werking van afd. 6.3.3 BW ten opzichte van art. 6:173 jo. 181 wordt dit argument in ieder geval niet gebezigd. Dat lijkt mij juist, aangezien dubbele verzekeringslasten (ook) niet door de exclusieve werking van afd. 6.3.3 BW zullen worden voorkomen. Afd. 6.3.3 BW sluit de werking van art. 6:162 en 6:74, alsook de mogelijkheid van regres namelijk niet uit. Zo kan op de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak op wie vanwege de kanalisering van de aansprakelijkheid naar de producent geen aansprakelijkheid ex art. 6:173 jo. 181 (meer) rust, nog wel een aansprakelijkheid ex art. 6:162 of 6:74 jegens de benadeelde bestaan.<sup>157</sup> Ook is regres door de producent op de eventueel ‘schuldige’ bezitter/bedrijfsmatige gebruiker niet uitgesloten. Relevant is voorts dat de aansprakelijkheid ex art. 6:173 jo. 181 ‘herleeft’ ingeval geen sprake is van een productiegebrek ex afd. 6.3.3 BW. Zelfs wanneer van een dergelijk gebrek wel sprake is, kan art. 6:173/181 toepasselijk zijn, namelijk in geval van zaakschade in de privésfeer die valt onder de daarvoor geldende franchise. Daarnaast ziet afd. 6.3.3 BW niet op alle soorten schade die een gebrekkige zaak kan toebrengen maar kort gezegd alleen op typische consumentenschade.<sup>158</sup> De bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181 kunnen zich daarom nog altijd geconfronteerd zien met een vordering tot vergoeding van niet door afd. 6.3.3 BW bestreken schadesoorten.<sup>159,160</sup> Kortom, ondanks de exclusieve werking van afd. 6.3.3 BW in geval van productschade door productiegebreken blijft in situaties van schade

155 Parl. gesch. Boek 6, p. 744-747, sub 3 en 4. Zie ook par. 3.3.1.

156 Zie nader par. 7.5.2.

157 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228.

158 Spier e.a. 2015, p. 155.

159 Zij kunnen ter afwering van aansprakelijkheid dan in ieder geval niet met succes wijzen op de kanaliseringsregel van lid 2 van art. 6:173. In deze zin ook Spier e.a. 2015, p. 109. Let wel, art. 6:173 (en ook art. 6:174) ziet evenmin op zuivere vermogensschade maar enkel op schade aan personen en zaken. Hier wringt overigens wel dat de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 jo. 181 aansprakelijk is voor – niet door afd. 6.3.3 BW bestreken – schade wegens een ‘productiegebrek’, voor welk soort gebreken de producent nu juist ‘verantwoordelijk’ is. Eenzelfde stramen wordt echter gevolgd door de franchise m.b.t. zaakschade: voor deze weliswaar door een productiegebrek veroorzaakte schade maar in omvang minder dan € 500,- is niet de producent maar de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:173 jo. 181 aansprakelijk. Zie ook hierna inzake opstallen (art. 6:174) en gevaarlijke stoffen (art. 6:175); ook daar bestaat de mogelijkheid dat in geval van productiegebreken, zij het cumulatief met de producent, de bezitter van de opstal respectievelijk beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker van de gevaarlijke stof belast is met een kwalitatieve aansprakelijkheid.

160 Degene die in geval van niet door art. 6.3.3 BW bestreken schadesoorten toch de producent tot vergoeding daarvan wenst aan te spreken, zal daartoe zijn aangewezen op art. 6:162. De regeling van afd. 6.3.3 BW laat blijkens art. 6:193 uitdrukkelijk alle andere rechten die de benadeelde uit hoofde van het bestaande recht ter beschikking staan, onverlet. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/272; Spier e.a. 2015/148a. Denk voor de relevantie van de mogelijkheid van een claim jegens de producent ex art. 6:162 ook aan de niet-toepassing van afd. 6.3.3 BW in verband met de franchise bij zaakschade in de privésfeer of het verstrijken van de termijnen van art. 6:191.

door een roerende zaak – afhankelijk van *het tijdstip* waarop het gebrek in de zaak is ontstaan, de *franchise* met betrekking tot zaakschade in de privésfeer en *het soort schade* dat is ontstaan – de aansprakelijkheid/draagplicht van de in art. 6:173 jo. 181 bedoelde bezitter/bedrijfsmatige gebruiker een reële mogelijkheid. Naast de producent zullen laatstgenoemden dan ook nog altijd de behoefte kunnen hebben zich te verzekeren. Hier komt nog bij dat, zoals hierna zal blijken, in geval van samenloop van art. 6:174 en 175 jo. 181 met afd. 6.3.3 BW cumulatieve aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW *niet* is uitgesloten. De aansprakelijkheden ex art. 6:173 en 174 zijn doorgaans onder eenzelfde AVP-polis gedekt, terwijl de aansprakelijkheden ex art. 6:181 jo. 173, 174 en 175 onder dezelfde AVB-polis gedekt zullen zijn. De exclusieve werking van afd. 6.3.3 BW in bepaalde gevallen ten opzichte van louter de aansprakelijkheid ex art. 6:173 jo. 181 van de bezitter/gebruiker, zal er dan ook niet toe leiden dat WA-polissen wordt opgezegd. Daarmee zou dan immers ook de verzekeringsdekking voor de andere aansprakelijkheden ex art. 6:174 en 175 jo. 181 verdwijnen, terwijl die aansprakelijkheden wel kunnen cumuleren met die van de producent uit afd. 6.3.3 BW. Al met al zullen dubbele verzekeringslasten door de afstemming van art. 6:173 jo. 181 op afd. 6.3.3 BW dus niet worden voorkomen.<sup>161</sup>

De kanalisering van de aansprakelijkheid naar de producent voor de in afd. 6.3.3 BW bedoelde schade door productiegebreken zal er ongetwijfeld wel toe leiden dat de in art. 6:173 en 181 bedoelde bezitter/bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak minder vaak aansprakelijk is dan bij gebreke van een dergelijke kanalisering. Niettemin meen ik dat de ‘billijkheid’ van een kanalisering van aansprakelijkheid naar de producent niet zozeer is gelegen in verzekeringsaspecten, maar in ‘verantwoordelijkheid’. In de kanalisering van de aansprakelijkheid voor schade door productiegebreken naar de producent valt immers duidelijk te herkennen dat de aansprakelijkheid wordt gelegd bij degene met kort gezegd de meeste invloed op de door de zaak veroorzaakte schade.<sup>162</sup> Kanalisering van de kwalitatieve aansprakelijkheid naar de producent is namelijk enkel aan de orde in geval van schade door gebreken die zijn ontstaan tijdens het productieproces. Veroorzaakt een dergelijk productiegebrek schade, dan is het de in afd. 6.3.3 BW bedoelde producent die op het ontstaan daarvan de meeste invloed heeft (gehad) en daarvoor de (grootste mate van) ‘verantwoordelijkheid’ draagt, *niet* de – ‘toevallige’ – bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van de zaak uit art. 6:173 en 181.<sup>163</sup> Dit ligt anders indien het gebrek niet al bestond op het moment dat de producent de zaak in het verkeer bracht, maar op later tijdstip is ontstaan.<sup>164</sup> Dan wordt het ‘redelijker’ geacht dat in plaats de producent de bezitter

161 Treffend is ook dat op basis van art. 6:187 lid 2-4 meerdere personen tegelijk als ‘producent’ te gelden kunnen hebben. Bij de parlementaire totstandkoming werd de regering gewezen op het gevaar van dubbele verzekeringen, hetgeen zij onderkende maar naar aanleiding daarvan niet bereid was de regeling aan te passen. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 5, p. 10; *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 11.

162 Vgl. Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 (*SVEN/Albert Heijn en TIP*), waarin werd overwogen dat een kanalisering van de aansprakelijkheid naar de producent plaatsvindt mede ‘omdat deze de mogelijkheid heeft om invloed uit te oefenen op de kwaliteit van de zaak (...)’.

163 Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, 3, p. 8: ‘Door het gebrekkig produkt in het verkeer te brengen neemt de producent de verantwoordelijkheid voor eventuele schadelijke gevolgen van het produkt op zich.’

164 Het gaat inzake art. 6:185 lid 1 aanhef en sub b om een door *de producent* te bewijzen uitzondering, *Kamerstukken II*, 19636, 3, p. 8; *Kamerstukken II*, 19636, 6, p. 17. Zie ook HR 24 december 1993, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*). Bedoeld bewijs ex art. 6:173 lid 2 sub a rust echter op *de benadeelde* ingeval hij de bezitter wenst aan te spreken, zie Rb. Roermond 13 augustus 2003, *VR* 2004/30 (*Kuipstoel*), alsook Spier e.a. 2015/106; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228.



of bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181 het aansprakelijkheidsrisico met betrekking tot de zaak tegenover derden draagt.<sup>165</sup> Andere gebreken dan productiegebreken zullen doorgaans immers ontstaan door ‘normale slijtage’ wegens het gebruik dat de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van de zaak maakt, door onoordeelkundig gebruik of wegens gebruik voor een ander doel dan waarvoor het product werd vervaardigd.<sup>166</sup> Dat de kwalitatieve aansprakelijkheid voor producten wordt gekanaliseerd naar degene met de meeste invloed op het ontstaan van schade, blijkt ook uit de kanaliseringsconstructie binnen afd. 6.3.3 BW in de vorm van art. 6:185 lid 1 sub f. Hieruit volgt dat de in art. 6:187 lid 2 genoemde producent van een grondstof en fabrikant van een onderdeel zich aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken, indien zij aantonen dat het gebrek is te wijten aan het productontwerp en/of instructies van de ‘hoofdproducent’. Dan is alleen de hoofdproducent van het product, waarin de grondstof of het betreffende onderdeel is verwerkt, aansprakelijk omdat deze als ‘eindverantwoordelijke’ heeft te gelden.<sup>167</sup>

Illustratief omtrent de verhouding tussen art. 6:173 jo. 181 enerzijds en anderzijds afd. 6.3.3 BW is Hof Den Bosch 8 maart 2005, *VR 2006/38 (Turbo Polyp)*. Hierin stelde slachtoffer Van Zanten letsel te hebben opgelopen wegens een gebrekkige kermisattractie. Zij was tijdens een rit in de attractie onder de neergeklapte beveiligingsbeugel door uit de gondel gegleden en vanaf 3 meter hoogte ten val gekomen. De rechtbank beschouwde de attractie als gebrekkig en wees exploitant Van Tol daarvoor als *bezitter* van de attractie ex art. 6:173 als aansprakelijke aan. In hoger beroep liet het hof het antwoord op de vraag naar de gebrekkigheid van de attractie echter in het midden, omdat exploitant Van Tol om een andere reden niet kwalitatief aansprakelijk kon zijn:

‘Indien echter uitgegaan zou moeten worden van de juistheid van voormelde stelling van Van Zanten ten aanzien van het aan de Turbo Polyp klevende gebrek, is er tevens sprake van een gebrek in de zin van artikel 6:185 BW, welk artikel ziet op de aansprakelijkheid van de producent van een gebrekkig product. (...) In een dergelijke situatie is ingevolge artikel 6:185 BW de producent aansprakelijk voor deze schade. In dat geval had Van Zanten dan ook niet Van Tol, als bezitter van de Turbo Polyp, doch de producent daarvan dienen aan te spreken voor vergoeding van de door haar gestelde geleden schade.’

De rechtbank had in deze kwestie, nu het om een productiegebrek ging, de exclusieve werking van afd. 6.3.3 BW ten opzichte van art. 6:173 miskend. Zou de rechtbank overigens de exploitant niet als bezitter ex art. 6:173 maar in hoedanigheid van *bedrijfsmatige gebruiker* ex art. 6:181 van de attractie kwalitatief aansprakelijk hebben aangemerkt,<sup>168</sup> dan was de uitkomst niet anders geweest.

165 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228. Vanuit praktische overwegingen geldt een uitzondering voor zaakschade in de privésfeer door een productiegebrek in omvang minder dan € 500,-.

166 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228 en 265; Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173, aant. 8.5; Spier e.a. 2015, p. 145; Bauw 2015, p. 99.

167 Zie ook Jansen 2007, p. 173.

168 Hetgeen gelet op de verhouding tussen art. 6:181 en 6:173 zuiverder zou zijn geweest, zie par. 4.6.3.

Wat voor art. 6:173 in relatie tot afd. 6.3.3 BW geldt, geldt immers ook voor art. 6:181.<sup>169</sup> In deze kwestie was het ‘billijker’ de producent en niet de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker van de zaak met de kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten, omdat de producent ‘verantwoordelijk’ was voor (lees: de grootste mate van zeggenschap had over) het schadeveroorzakende gebrek. Rb. Roermond 13 augustus 2003, *VR* 2004/30 (*Kuipstoel*) biedt een voorbeeld waarin van kanalisering van aansprakelijkheid naar de producent *geen* sprake is. Het slachtoffer bezocht in een recreatiepark het zwembad en nam daar plaats op een van de aanwezige kuipstoeltjes. Plotseling brak hier een poot vanaf, waardoor het slachtoffer met haar hoofd tegen een stenen muurtje ten val kwam. De rechtbank overwoog:

‘Tussen partijen staat vast dat de litigieuze stoel minimaal 3 jaar lang is gebruikt, waarbij de rechtbank het een feit van algemene bekendheid acht dat het gebruik van stoelen in een bedrijf als dat van De Lommerbergen intensief en veelvuldig is. Het is derhalve aannemelijk dat het gebrek aan de stoelpoot nog niet bestond op het moment waarop het product in het verkeer werd gebracht dan wel het gebrek op een later tijdstip door het gebruik dat De Lommerbergen daarvan maakte moet zijn ontstaan. Immers zou anders het gebrek eerder aan het licht moeten zijn gekomen.’

Nu volgens de rechtbank van een productiegebrek geen sprake was, werd niet de producent van de kuipstoel maar het recreatiepark ex art. 6:173 aansprakelijk geacht.<sup>170</sup> In deze zaak is de aansprakelijkheid van de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker ‘billijker’ dan die van de producent, omdat aangenomen kan worden dat het gebrek pas is ontstaan ná het in het verkeer brengen van de zaak door de producent, en wel wegens het (intensieve) gebruik dat het recreatiepark daarvan in de loop der tijd had gemaakt. Niet de producent maar het recreatiepark was ‘verantwoordelijk’ voor het schadeveroorzakende gebrek.

### 3.5.3.2 OPSTALLEN EN GEVAARLIJKE STOFFEN

De wetgever heeft zich rekenschap gegeven van de mogelijkheid van samenloop van afd. 6.3.3 BW met zowel art. 6:174 als 6:175,<sup>171</sup> maar heeft dienaangaande bewust geen kanaliseringsregel opgenomen naar het voorbeeld van lid 2 van art. 6:173. Zodoende is in geval van schade door een opstal of gevaarlijke stof cumulatieve aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW wél mogelijk. Gaat het om schade door een gevaarlijke stof, dan kan gelijktijdige aansprakelijkheid voor dezelfde schade intreden van zowel de producent (afd. 6.3.3 BW) als de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:175 lid 1) dan wel de professionele bewaarder (art. 6:175 lid 2). In lijn hiermee is ook cumulatie mogelijk van de aansprakelijkheid van de producent en de door art. 6:181 lid 3 aangewezen *beroeps- of*

169 Zie in deze zin ook Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 (*SVEN/Albert Heijn en TIP*), waarin sprake was van letselschade door een gebrekkige roldeur van een trailer. Nu volgens de rechtbank sprake was van een productiegebrek werd afd. 6.3.3 BW toepasselijk geacht en werd daarom de op art. 6:173 jo. 181 gebaseerde vordering tegen de bedrijfsmatige gebruiker afgewezen.

170 Ook hier ware het zuiverder geweest de aansprakelijkheid – in plaats van aan het bezit – te koppelen aan de hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 jo. 173, zie nader par. 4.6.3.

171 *Kamerstukken II*, 1987/88, 19636, 6, p. 13-14.

*bedrijfsmatige gebruiker* van de gevaarlijke stof. De achtergrond van een cumulatie van aansprakelijkheden op grond van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW voor schade door opstallen en gevaarlijke stoffen is niet alleen dat samenloop tussen deze beide afdelingen zeldzamer zal zijn dan in geval van schade door een roerende zaak,<sup>172</sup> maar ook dat het moeilijker zal zijn (achteraf) vast te stellen of *tevens* sprake is van een productiegebrek in de zin van afd. 6.3.3 BW.<sup>173</sup> Waar volgens de toelichting in geval van schade door roerende zaken in de verhouding tussen de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker enerzijds en anderzijds de producent het verweer van de één zonder veel moeilijkheden tot (uitsluitende) aansprakelijkheid van de ander zal leiden,<sup>174</sup> wordt aangenomen dat in geval van schade door opstallen en gevaarlijke stoffen meer onzekerheid bestaat over de ‘verantwoordelijkheid’ voor het ontstaan van de schade in een concreet geval. Daardoor bestaat volgens de toelichting bij opstallen en gevaarlijke stoffen het risico dat in geval van het ontbreken van een cumulatieve aansprakelijkheid, de ex afd. 6.3.2 BW en afd. 6.3.3 BW aangesprokenen vooral naar elkaar wijzen en de benadeelde zodoende ‘van het kastje naar de muur’ wordt gestuurd.<sup>175</sup> Naast dit argument van ‘opspoorbaarheid’ ten behoeve van benadeelden besteedt de toelichting ook aandacht aan de andere zijde: een bepaling naar het voorbeeld van art. 6:173 lid 2 (op grond waarvan de producent *exclusief* aansprakelijk is) zal degene die zich tegen de aansprakelijkheid ex art. 6:174 of 175 wil verzekeren – gezien de onzekerheden die zich over de schadeoorzaak bij opstallen en gevaarlijke stoffen ‘veel makkelijker’ kunnen voordoen dan bij roerende zaken – nauwelijks verlichting brengen, terwijl een dergelijke regeling aansprakelijkheidsrisico’s ook niet beter voorspelbaar zal maken.<sup>176</sup> In geval van schade door een opstal (art. 6:174 jo. 181) of gevaarlijke stof (art. 6:175 jo. 181) waarbij *tevens* sprake is van schade door een productiegebrek als bedoeld in afd. 6.3.3 BW, doet het in geval van ‘samenloop’ geldende uitgangspunt van cumulatie van de verschillende toepasselijke rechtsregels dus opgeld. Nu naast een aansprakelijkheid van de producent in geval van productiegebreken een aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 jo. 181 en art. 6:175 jo. 181 mogelijk blijft, is hier geen beslissende betekenis toegekend aan ‘verantwoordelijkheid’ maar lijkt het aspect van de opspoorbaarheid ten behoeve van benadeelden te prevaleren.

---

172 Voor opstallen geldt dat een gebrek daarin bepaald niet altijd voortvloeit uit een gebrek in de bij de bouw van die opstal gebruikte producten, terwijl voor gevaarlijke stoffen geldt dat de aansprakelijkheid ex art. 6:175 niet berust op een gebrek maar op eigenschappen die de stof juist behoort te hebben.

173 *Kamerstukken II*, 1987/88, 19636, 6, p. 13-14; *Kamerstukken II* 1998/99, 21202, 3, p. 11.

174 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 11.

175 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 11. Zie over de verhouding tussen art. 6:175 en afd. 6.3.3 BW ook Spier en Sterk 1995, p. 31-32.

176 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13-14.

### 3.6 Overige samenloopvragen betreffende art. 6:181

#### 3.6.1 *Samenloop met andere kwalitatieve aansprakelijkheden binnen afd. 6.3.2 BW dan art. 6:173, 174 en 179*

Dat binnen het systeem van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 cumulatie van aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is uitgesloten, laat onverlet dat ter zake van hetzelfde schadefeit náást het toepasselijke art. 6:181 *andere* kwalitatieve aansprakelijkheden uit afd. 6.3.2 BW dan die ex art. 6:173, 174 en 179 kunnen intreden. Deze ‘andere’ aansprakelijkheden kunnen op een ‘echte’ derde rusten, maar ook op de bedrijfsmatige gebruiker (of bezitter) zélf. Ook in dit verband kan zodoende onderscheid worden gemaakt tussen samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie van verschillende en dezelfde partijen. Zo zullen op *dezelfde persoon* tegelijkertijd verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden voor dezelfde schade kunnen rusten, zolang maar wordt voldaan aan het feitencomplex dat voor die verschillende aansprakelijkheden in afd. 6.3.2 BW is opgenomen. Denk aan schade op een manege aangericht door een paard. De manege kan daarvoor kwalitatief aansprakelijk zijn op grond van art. 6:179 jo. 181 vanwege het bedrijfsmatig gebruiken van dit dier én op grond van art. 6:170/171 in geval van een in verband met de schadeveroorzaking door een hulppersoon gemaakte fout.<sup>177</sup> Binnen afd. 6.3.2 BW kan ter zake van hetzelfde schadefeit ook een verschillende aansprakelijkheid op *verschillende personen* rusten.<sup>178</sup> Denk wederom aan een schadeveroorzakend paard op een manege, nu echter omdat een jong kind dit dier heeft opgehitst. Alsdan kunnen de aansprakelijkheid van de manege ex art. 6:179 jo. 181 én die van de ouders van het kind ex art. 6:169 (jo. 6:164) cumuleren. De aansprakelijken zijn in de verhouding tot de benadeelde ex art. 6:102 lid 1 hoofdelijk verbonden, terwijl hun onderlinge draagplicht zal afhangen van een contractuele regeling of, bij gebreke daarvan, van art. 6:10 en 6:101 jo. 102 lid 1.

In de parlementaire geschiedenis is nadrukkelijk onderkend dat met betrekking tot hetzelfde schadefeit binnen afd. 6.3.2 BW meerdere kwalitatieve aansprakelijkheden voor toepassing in aanmerking kunnen komen.<sup>179</sup> De benadeelde kan steeds alle in aanmerking komende bepalingen aan zijn vordering ten grondslag

<sup>177</sup> Vgl. de casus die leidde tot het *Loretta*-arrest, waarin de mogelijkheid leek te bestaan dat manege De Gulle Ruif zowel in hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 jo. 179 als in hoedanigheid van opdrachtgever ex art. 6:170 voor de schade van de 10-jarige Marloes aansprakelijk was. Dit laatste vanwege een mogelijke ‘fout’ van een personeelslid van de manege in het kader van haar taakvervulling (open laten staan van een deur van de binnenbak). Zie nader in eerste aanleg Rb. Den Bosch 22 september 2004, *NJF* 2004/604 (*Paard Loretta*).

<sup>178</sup> Ook is denkbaar dat degene die ex art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 kwalitatief aansprakelijk is, op basis van een *andere* kwalitatieve aansprakelijkheid regres neemt op degene op wie geen aansprakelijkheid uit het systeem van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 (meer) rust. Gelet op art. 6:197 (Tijdelijke regeling verhaalsrechten) zal hiertoe enkel art. 6:170 in aanmerking kunnen komen.

<sup>179</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9. Zie ook Tjittes 1995, p. 274-282; Janssen 2007, p. 165-166. Denk buiten afd. 6.3.2 BW aan samenloop van art. 6:173 jo. 181 met de kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van een motorrijtuig ex art. 185 WVV. Sinds 2005 zijn motorrijtuigen onder de reikwijdte van art. 6:173 gebracht, zodat samenloop met art. 185 WVV zich kan voordoen in geval van een verkeersongeval veroorzaakt door een rijdend motorrijtuig terwijl de oorzaak mede is gelegen in een gebrek van dit voertuig.

leggen of kiezen voor de voor hem meest gunstige grondslag. Uiteraard krijgt hij zijn schade maar eenmaal vergoed.<sup>180</sup> Zodoende is (ook) binnen afd. 6.3.2 BW cumulatie van rechtsregels het uitgangspunt. Anderzijds, de wetgever heeft voor bepaalde in afd. 6.3.2 BW geregelde gevallen de mogelijkheid van samenloop van kwalitatieve aansprakelijkheden van *verschillende* personen voorzien en onwenselijk geacht. Het gaat om gevallen op het terrein van de aansprakelijkheid voor zaken. Ingeval één schadefeit tegelijkertijd voldoet aan de voorwaarden van verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden, is ernaar gestreefd daarmee toch zoveel mogelijk maar één persoon (exclusief) te belasten. Dit volgens de toelichting met het oog op 'duidelijkheid' voor zowel benadeelden (opspoorbaarheid) als potentieel aansprakelijken (verzekeringsaspecten).<sup>181</sup> Zoals reeds gebleken, is de kanalisering van de aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken naar de bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 hiervan een voornaam voorbeeld.<sup>182</sup> Hiernaast is in afd. 6.3.2 BW nog een aantal andere vormen van kanalisering opgenomen, ter uitwerking van de gedachte om ter zake van dezelfde gebeurtenis de aansprakelijkheid steeds zoveel mogelijk bij één persoon te leggen.

Genoemd kunnen worden art. 6:174 lid 2 en 6:175 lid 3, die beide de *leidingbeheerder* als aansprakelijke aanwijzen. Indien een gevaarlijke stof wegens een gebrek in een leiding 'ontsnapt', kan zowel art. 6:174 als 175 van toepassing zijn.<sup>183</sup> Benadeelden komt gelet op de cumulatie van rechtsregels een beroep toe op beide artikelen. Wel komt men via beide verschillende grondslagen bij dezelfde aansprakelijke persoon uit, de leidingbeheerder. Deze wordt aansprakelijk geacht voor zowel gebreken (6:174 lid 2) als gevaarlijke stoffen (art. 6:175 lid 3) in de leiding. De verschillende aansprakelijkheden uit art. 6:174 en 175 zijn voor wat betreft de aansprakelijke persoon dus op elkaar afgestemd. De benadeelde die de leidingbeheerder aanspreekt, kan kiezen voor de voor hem meest gunstige grondslag.<sup>184</sup> Wel cumulatie van rechtsregels derhalve, maar een kanalisering van aansprakelijkheid naar één persoon. Dit is een ander systeem van kanalisering dan dat van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181: hier worden voor hetzelfde object met dezelfde materieelrechtelijke aansprakelijkheid, *verschillende* aansprakelijke personen aangewezen (bezitter en bedrijfsmatige gebruiker), waarbij de aansprakelijkheid steeds op de één óf ander wordt gelegd. Bij art. 6:174 lid 2 en 6:175 lid 3 gaat het om verschillende objecten (leiding vs. stof) waarvoor ook verschillende 'inhoudelijke' aansprakelijkheden gelden. De aansprakelijkheid wordt echter steeds naar één persoon gekanaliseerd door in deze verschillende gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid dezelfde persoon als aansprakelijke aan te wijzen (leidingbeheerder).

180 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 11.

181 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8

182 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8-9.

183 Vgl. ook Van Hoey Smith en Weterings 2010, p. 115-121 en 2011, p. 183-193. Anders is Van Velsen 2010, p. 448-450 en 2011, p. 208, die meent dat in geval van transport van een gevaarlijke stof door een leiding art. 6:175 lid 3 als *lex specialis* heeft te gelden ten opzichte van art. 6:174 lid 2.

184 Vermoedelijk art. 6:175, omdat de toepasselijkheid hiervan eenvoudiger is aan te tonen dan die ex art. 6:174 en ook de tenzij-clausule van art. 6:175 jo. 178 doorgaans minder ontsnappingsmogelijkheden biedt.

Een andere kanaliseringmethode binnen afd. 6.3.2 BW betreft lid 5 van de art. 6:175-177. Hiermee zijn regels gegeven om samenloop van deze ‘milieuaansprakelijkheden’ zoveel mogelijk te voorkomen, zowel onderling als in relatie tot art. 6:173 en 174. Gaat het om samenloop van art. 6:173 of 174 met art. 6:175-177,<sup>185</sup> dan brengt lid 5 van art. 6:175-177 mee dat de benadeelde kan kiezen zijn vordering te baseren op art. 6:173 of 174 dan wel art. 6:175-177 – naargelang wat voor hem in het concrete geval de meest aantrekkelijke route is –, zolang de vordering maar is gericht tegen de *ingevolge art. 6:175-177 aansprakelijke persoon*.<sup>186</sup> Dit betreft een kanalisering van aansprakelijkheid zónder exclusiviteit van de verschillende rechtsregels. Cumulatie van *grondslagen* blijft hier dus het uitgangspunt. Exclusieve aansprakelijkheid van een bepaalde *persoon* gaat dus niet altijd gepaard met exclusiviteit van een toepasselijk *normstelsel*.<sup>187</sup> Het komt mij logisch voor dat wanneer het niet om samenloop met de *bezitter* ex art. 6:173/174 gaat,<sup>188</sup> maar met de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak of opstal óók dan kanalisering van aansprakelijkheid plaatsvindt op grond van lid 5 van art. 6:175-177.<sup>189</sup> Met andere woorden, wat voor de bezitter van een in art. 6:173/174 bedoelde zaak in relatie tot lid 5 van art. 6:175-177 geldt, geldt ook voor de bedrijfsmatige gebruiker van een dergelijke zaak. In die zin staat lid 5 van art. 6:175-177 ‘buiten’ het systeem van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179. In geval van samenloop van art. 6:175 (gevaarlijke stoffen) met art. 6:176 (stortplaatsen) of 6:177 (mijnbouwwerken) is in lid 5 van beide laatste artikelen bepaald dat de aansprakelijkheid wordt gekanaliseerd naar de exploitant van respectievelijk de stortplaats of het mijnbouwwerk. Ook voor deze kanaliseringconstructies geldt dat zij niet gepaard gaan met exclusiviteit van de desbetreffende normstelsels.<sup>190</sup>

Zetten we de systematiek van lid 5 van art. 6:175-177 af tegen die van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181, dan ligt in het laatste stelsel aan de exclusieve aansprakelijkheid van de aangewezen (bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker) steeds *hetzelfde* materiële normstelsel ten grondslag, te weten dat van art. 6:173, 174 en 179. Binnen het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 is het daarom *niet* zo dat de benadeelde een keuze uit verschillende normstelsels toekomt zolang de vordering maar is gericht tot – in dit geval – de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker.

Uit het vorenstaande blijkt dat de wetgever in afd. 6.3.2 BW verschillende kanaliseringstechnieken toepast om te bewerkstelligen dat ter zake van hetzelfde schadefeit zoveel mogelijk één persoon kwalitatief aansprakelijk is. Omdat niet

185 Op grond van bijvoorbeeld art. 6:175 lid 4 jo. lid 2 is sprake van samenloop wanneer de roerende zaak deels bestaat uit een gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175, of wanneer zich in een roerende zaak een gevaarlijke stof bevindt.

186 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 11.

187 Vgl. Jansen 2007, p. 174, 176.

188 Of een ‘bijzondere’ persoon waarvoor de bezitter inwisselbaar is.

189 Zo ook Bauw 2015, p. 108. Interessant is ook de vraag naar samenloop van afd. 6.3.3 BW en art. 6:175-177 lid 5. Zoals gebleken is alleen art. 6:173 jo. 181 ‘afgestemd’ op afd. 6.3.3 BW en is in geval van opstallen (6:174) en gevaarlijke stoffen (6:175) cumulatie met afd. 6.3.3 BW mogelijk. Afhankelijk van het schadeveroorzakende object (roerende zaak, opstal of gevaarlijke stof), zal afd. 6.3.3 BW ten opzichte van lid 5 van art. 6:175-177 dus exclusieve werking hebben dan wel cumulatief toepasselijk zijn.

190 Vgl. Jansen 2007, p. 178.

alle door afd. 6.3.2 BW geregelde gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid door een kanaliseringconstructie op elkaar zijn afgestemd, kunnen als gebleken heel wel voor dezelfde schade verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden intreden. Daarbij kan nog worden opgemerkt dat in geval van samenloop *binnen* afd. 6.3.2 BW normaliter geen samenloopproblemen ontstaan.<sup>191</sup> Het gevolg van de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden betreft immers eenzelfde verbintenis tot schadevergoeding beheerst door afd. 6.1.10 BW, terwijl ook de verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van de schade uniform is geregeld in art. 3:310.

### 3.6.2 Samenloop met onrechtmatige daad

Art. 6:181 laat, evenals alle overige kwalitatieve aansprakelijkheden uit afd. 6.3.2 BW, de mogelijkheid van een vordering op grond van art. 6:162 onverlet. In de parlementaire geschiedenis is meermaals onderkend dat náást de kwalitatief aansprakelijke nog een ander ‘volgens de algemene bepalingen over onrechtmatige daad’ tegenover de benadeelde aansprakelijk kan zijn.<sup>192</sup> Art. 6:181 heeft dus geen exclusieve werking ten opzichte van art. 6:162. Hierbij kan bedacht worden dat deze laatste aansprakelijkheid op een ‘echte’ derde kan rusten, maar ook op de bedrijfsmatige gebruiker (of bezitter) van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken zelf.<sup>193</sup> Fout- en kwalitatieve aansprakelijkheid kunnen dus cumuleren en samenloop meebrengen van rechtsregels met betrekking tot de rechtsrelatie tussen zowel *dezelfde* als *verschillende* partijen. Ook geldt dat de kwalitatief aansprakelijke de mogelijkheid van regres heeft op een eventueel tegen de benadeelde ex art. 6:162 ‘schuldige’ *ander*.<sup>194</sup> Denk ter illustratie aan de manege die een lespaard van een derde betreft om daarmee paardrijlessen te geven. Dit dier brengt tijdens de les op de manege schade toe aan een deelnemer, waarbij het paard door een toeschouwer is opgehitst. Art. 6:181 jo. 179 wijst de manege – in plaats van de bezitter – in hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker *exclusief* als kwalitatief aansprakelijke aan. Dit laat de mogelijkheid van de benadeelde een vordering ex art. 6:162 tegen de onbetamelijk handelende toeschouwer in te stellen onverlet. Zou de benadeelde zijn pijlen op de manege richten en laatstgenoemde het slachtoffer schadeloos stellen, dan kan de manege in beginsel verhaal nemen op de aan

191 Problemen van samenloop kunnen zich in het bijzonder voordoen indien de voor toepassing in aanmerking komende rechtsregels in de relatie tussen *dezelfde* partijen verschillend uitwerken. Vgl. in geval van verjaring HR 15 juni 2007, *NJ* 2007/621, m.nt. Haak (*Fernhout/Essent*) inzake onrechtmatige daad (art. 3:301) en aanvaring (art. 8:1793), alsmede HR 21 april 2006, *NJ* 2006/272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*) inzake onrechtmatige daad (art. 3:310) en koop (art. 7:23 lid 2).

192 Parl. gesch. Boek 6, p. 746, 757 en 765; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 13-14. Zo ook reeds Brunner 1984, p. 31-32, alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/231; *Bauw* 2015/79. Zie voor de rol van art. 6:162 náást afd. 6.3.3 BW de daartoe expliciet in art. 6:193 opgenomen regel.

193 Parl. gesch. Boek 6, p. 766; Hartlief 2011, p. 1313. Zie Rb. Maastricht 26 september 2007, *JA* 2007/178 (*Omgevallen hoogspanningsmast*), waarin Essent Netwerk ex art. 6:181 jo. 174 aansprakelijk werd geacht als bedrijfsmatige gebruiker van de omgevallen mast, alsmede ex art. 6:162 wegens het geven van onjuiste informatie in het kader van de herstelwerkzaamheden. Dit is ook van belang voor regresnemers, nu deze zich vanwege art. 6:197 überhaupt niet kunnen beroepen op art. 6:173 en 174.

194 Parl. gesch. Boek 6, p. 765-766; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/231. Een en ander volgens de algemene regels van art. 6:10 en 6:101 jo. 102 lid 1, tenzij sprake is van een tussen partijen geldende afwijkende contractuele regeling.

de schadeveroorzaking ex art. 6:162 ‘schuldige’. Een ander voorbeeld biedt de bezitter die als geen ander weet dat zijn paard wegens het schrikachtige karakter niet geschikt is om in te zetten voor rijlessen, maar dit verzwijgt en het dier toch voor dat doel aan een manege ter beschikking stelt. Dat op een dergelijke bezitter wegens de toepasselijkheid van art. 6:181 geen kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:179 rust, doet aan de werking van art. 6:162 niet af. En zo kan ook de manege als bedrijfsmatige gebruiker zelf, reeds belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 179, *tevens* nog aansprakelijk zijn ex art. 6:162. Bijvoorbeeld omdat deze de betreffende paardrijles zonder voldoende toezicht en/of onder leiding van een ondeskundige instructeur heeft laten plaatsvinden. Dat naast kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 BW aansprakelijkheid kan bestaan op grond van art. 6:162, heeft de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest inmiddels expliciet bevestigd betreffende de aansprakelijkheid voor dieren ex art. 6:179 jo. 181. De Hoge Raad overwoog dat deze kwalitatieve aansprakelijkheid *niet* wegneemt:

‘dat ook een derde tegenover de benadeelde aansprakelijk kan zijn op de voet van art. 6:162 BW. Is dit laatste het geval, dan heeft dit geen invloed op het ontstaan of de omvang van de hiervoor bedoelde risicoaansprakelijkheid. Evenmin komt daaraan betekenis toe bij de beantwoording van de vraag op wie de door art. 6:179 in het leven geroepen risicoaansprakelijkheid rust.’<sup>195</sup>

Kwalitatieve aansprakelijkheid laat een vordering van de benadeelde ex art. 6:162 als gezegd onverlet. Andersom, zo geeft de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest nog aan, heeft de ‘foutaansprakelijkheid’ ex art. 6:162 ook geen invloed op de vraag op wie – in dit geval de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker – de kwalitatieve aansprakelijkheid rust. Fout- en kwalitatieve aansprakelijkheid functioneren in die zin los dus van elkaar. Dit is nog eens met zoveel woorden bevestigd in HR 29 april 2011, *NJ* 2011/406, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Melchemie/Delbanco*) over de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen ex art. 6:175. Geoordeeld werd dat art. 6:175 in die zin geen exclusiviteit meebrengt, dat zijdens de gebruiker van een stof (lid 1) ook ná bewaargeving (lid 2) nog altijd op voet van art. 6:162 aansprakelijkheid kan bestaan voor schade veroorzaakt door de gevaarlijke stof. Dat de kwalitatieve aansprakelijkheid in bepaalde gevallen wordt gekanaliseerd naar de bewaarder uit lid 2 van art. 6:175, laat de aansprakelijkheid van een ander (waaronder de in lid 1 van art. 6:175 bedoelde gebruiker) en ook de bewaarder zelf op grond van art. 6:162 onverlet.

Cumulatie van fout- en kwalitatieve aansprakelijkheid is goed verklaarbaar gelet op het doel dat de wetgever met afd. 6.3.2 BW voor ogen staat. Beoogd wordt benadeelden in bepaalde gevallen een betere (bewijs)positie te verschaffen dan zij sec aan art. 6:162 kunnen ontlenen. Ter vergroting van de verhaalsmogelijkheden biedt afd. 6.3.2 BW de benadeelde daarom een aansprakelijke náást c.q. in aanvulling op – en *niet*: in plaats van – de (eventueel) ex art. 6:162 ‘schuldige’. Kwalitatieve aansprakelijkheid houdt anders gezegd geen beperking in van de

---

195 Zie in deze zin ook A-G Langemeijer in zijn conclusie sub 2.13 (slot) voor het *Loretta*-arrest.



algemene regel uit art. 6:162 voor bijzondere gevallen, zij heft deze niet op en treedt daarvoor evenmin in de plaats, maar moet integendeel juist worden gezien als een uitbreiding van schadevergoedingsverplichtingen voor bepaalde gevallen buiten de werking van het ‘traditionele’ art. 6:162 om.

Dat náást een kwalitatieve aansprakelijkheid tevens aansprakelijkheid ex art. 6:162 kan bestaan, is niet alleen van belang voor gevallen waarin (toch) niet aan alle vereisten voor een ingeroepen aansprakelijkheid ex afd. 6.3.2 BW (of afd. 6.3.3 BW) wordt voldaan. Bedoeld gegeven kan ook van belang zijn indien in een bepaald geval de kwalitatieve aansprakelijkheid wél aan de orde is. Zo kan de ‘aard van de aansprakelijkheid’ namelijk betekenis toekomen bij de toepassing van art. 6:98 (toerekening), 6:100 (voordeelverrekening) en 6:109 (matiging), alsmede ter bepaling van de hoogte van een eventueel ex art. 6:106 toe te kennen immateriële schadevergoeding.<sup>196</sup> Ook kan gedacht worden aan gevallen waarin de benadeelde geen (of niet alleen) schadevergoeding wenst maar ex art. 3:296 lid 1 een ge- of verbod om een gevaarlijke situatie die wordt bestreken door een kwalitatieve aansprakelijkheid te voorkomen of beëindigen.<sup>197</sup> ‘Echte’ samenloopproblemen doen zich in geval van samenloop van kwalitatieve met foutaansprakelijkheid overigens niet voor. Het gevolg van beide soorten aansprakelijkheid betreft een verbintenis tot schadevergoeding, beheerst door afd. 6.1.10 BW (art. 6:95 e.v.).<sup>198</sup> En ook de verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van de schade is voor beide grondslagen gelijk, namelijk uniform geregeld in art. 3:310.<sup>199</sup>

### 3.6.3 Samenloop met overeenkomst

Samenloop van kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 BW is ook mogelijk met aansprakelijkheid uit overeenkomst (art. 6:74).<sup>200</sup> Gaat het om samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie tussen *verschillende* partijen, dan geldt dat kwalitatieve aansprakelijkheid van de één de contractuele aansprakelijkheid van een ander in beginsel onverlet laat.<sup>201</sup> Op grond van art. 6:102 lid 1 geldt daarbij als uitgangspunt een hoofdelijke verbondenheid jegens de benadeelde tot vergoeding van dezelfde schade, waarna de onderlinge

196 Zie voor dit laatste Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Immateriële aardbevingsschade*), r.o. 4.2.2.

197 Vgl. Bauw 2015/79, die aangeeft dat het minst genomen twijfelachtig is of een dergelijk ge- of verbod verkregen kan worden bij gebreke van een – dreigende – onrechtmatige gedraging ex art. 6:162. Zie ook Keirse 2017, p. 6-9. Vgl. ook Rb. Noord-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5536 (*Onbewaakte spoorwegovergang*).

198 De regeling in afd. 6.1.10 BW heeft betrekking op alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, ongeacht of het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid betreft en ongeacht of de aansprakelijkheid op ‘schuld’ of ‘risico’ is gebaseerd. Vgl. Spier e.a. 2015, p. 244-245.

199 Vgl. Spier e.a. 2015, p. 406.

200 Eenzelfde geldt voor samenloop van aansprakelijkheid ex afd. 6.3.3 BW met contractuele aansprakelijkheid. De contractuele vordering kan jegens een derde maar ook jegens de producent zelf, die tevens verkoper is, worden ingesteld. Zie Spier e.a. 2015/152b. Let wel, gaat het om een consumentenkoop dan kanaliseert art. 7:42 lid 2 de aansprakelijkheid in geval van productschade door een productiegebrek naar de producent.

201 Zie Hof Den Bosch 20 april 1998, NJ 1999/35 (*Gemeente Tilburg/De Kok*) en Hof Den Bosch 20 april 1998, NJ 1999/34 (*Openbaar lichaam Samenwerkingsverband Midden-Brabant/De Kok*), over samenloop van art. 6:74 jo. 77 (aansprakelijkheid SMB) met art. 6:174 jo. 181 (aansprakelijkheid gemeente).

draagplicht van de hoofdelijk aansprakelijken – bij gebreke van een afwijkende contractuele regeling – wordt beheerst door art. 6:10 jo. 6:101. Ook hier treden in beginsel geen complicaties op, omdat afd. 6.1.10 BW (art. 6:95 e.v.) het belangrijkste rechtsgevolg van wanprestatie en kwalitatieve aansprakelijkheid – de verbintenis tot schadevergoeding – uniform regelt. Ook geldt voor beide aansprakelijkheden hetzelfde verjaringsregime van art. 3:310. Gaat het om samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie tussen *dezelfde* partijen, dan sluit kwalitatieve aansprakelijkheid een actie uit wanprestatie evenmin uit.<sup>202</sup> In rechtsrelaties betreffende *dezelfde* partijen behoeft in geval van het bestaan van een kwalitatieve aansprakelijkheid overigens bepaald niet altijd ook sprake te zijn van wanprestatie van de aangesproken partij. Een kwalitatieve aansprakelijkheid treedt immers in zonder daarbij een verband te leggen met een (eigen) normschendende gedraging van de aangesprokene. Alsdan is samenloop van *wanprestatie* met een kwalitatieve aansprakelijkheid niet aan de orde, maar is ‘slechts’ sprake van het naast (het invoeren van) een kwalitatieve aansprakelijkheid bestaan van een *contractuele relatie*.<sup>203</sup> Wanneer een overeenkomst bestaat tussen de benadeelde en aangesprokene moet worden bedacht dat de contractuele verhouding van invloed kan zijn op de rechtsgevolgen van de daarmee samenlopende kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>204</sup> Een voorbeeld biedt HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004/556, m.nt. Hijma (*Bunink/Nieuw Amstelland*), waarin de benadeelde krachtens overeenkomst het paard van een manege bereed en na een paardrijongeval diezelfde manege ex art. 6:179 tot schadevergoeding aansprak.<sup>205</sup> Nu het onberekenbare gedrag van het paard in het kader van de overeenkomst door de Hoge Raad voor de benadeelde niet volkomen onverwacht werd geacht, kwam dat risico in zoverre voor rekening van de berijder, dat de schade deels voor haar eigen rekening bleef.<sup>206</sup> Tot slot merk ik op dat in het kader van samenloop van rechtsregels betreffende de rechtsrelatie tussen *dezelfde partijen* uit contract met een kwalitatieve aansprakelijkheid, de zogeheten ‘bijzondere overeenkomsten’ in Boek 7/7A BW afzonderlijke aandacht verdienen. Deze kennen namelijk niet zelden een eigen, van afd. 6.3.2. BW afwijkende aansprakelijkheidsregeling, voornamelijk voor schade veroorzaakt door zaken.<sup>207</sup> Alsdan kunnen samenloopproblemen

202 Zo valt bijvoorbeeld op te maken uit HR 27 april 2001, *NJ* 2002/54, m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*).

203 In dit laatste geval is van samenloop geen sprake, omdat zich voor één feitencomeplex niet twee of meer rechtsgronden voor aansprakelijkheid aandienen maar slechts één, de kwalitatieve.

204 Klaassen 1991, p. 328-339; Boukema 2002, p. 63-64; Bakels 2009, p. 359-363. Denk aan bedingen tot uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Ook kan een vermindering van de vergoedingsplicht ex art. 6:101 in beeld komen, omdat in de overeenkomst met de aangesprokene een acceptatie besloten kan liggen van juist het risico dat door de schadetoebrenging is verzevenlijkt. Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p.765.

205 De grondslag van art. 6:181 jo. 179 was overigens zuiverder geweest, zie nader par. 4.6.3.

206 Met inachtneming hiervan achtte de verwijzingsrechter de manege voor 50% aansprakelijk voor de schade van Bunink, hetgeen stand hield in HR 3 oktober 2008, *JA* 2009/12 (*Bunink/Nieuw Amstelland II*). Zie voor kwalitatieve aansprakelijkheid naast een overeenkomst ook HR 27 april 2001, *NJ* 2002/54, m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*); HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989/729, m.nt. CJHB (*Circusezel*) en Hof Arnhem 11 oktober 2005 en 20 juni 2006, *JA* 2006/100 (*Huijkarongeval*). Zie voor een contractuele relatie terwijl het *de benadeelde* is op wie de kwalitatieve aansprakelijkheid rust Rb. Arnhem 21 mei 1987 en 23 maart 1989, *VR* 1990/112 (*Kat bij dierenarts*). In het laatste geval speelt het leerstuk van de ‘reflexwerking’ van kwalitatieve aansprakelijkheid, waarover nader Kolder 2016, p. 145-148.

207 Zie voor ‘eigen’ relevante aansprakelijkheidsregelingen bijvoorbeeld art. 7:183 (schenking); art. 7:406 lid 1 (opdracht); art. 7:754 en 7:760 (aanneming van werk); 7:658 en 7:611 (arbeidsovereenkomst); 7:208 (huur); art. 7:341 (pacht); art. 7:446 e.v. jo. 6:77 (medische behandelovereenkomst); art. 7:507 (reisovereenkomst); art. 7:24 (consumentenkoop) en art. 7A:1790 (bruikleen).

ontstaan, omdat de voor toepassing in aanmerking komende rechtsregels in de relatie tussen dezelfde partijen verschillend uitwerken.<sup>208</sup> Het voert te ver om hierop in het kader van deze studie nader in te gaan. Ik volsta met de opmerking dat in beginsel de contractuele grondslag zal cumuleren met de kwalitatieve, tenzij dit onverenigbaar is met de strekking van de bijzondere contractuele regeling.

### 3.7 Conclusie en afronding

Op het terrein van de in afd. 6.3.2 BW geregelde kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken kunnen zich tal van samenloopvragen voordoen. Het uitgangspunt in geval van samenloop is een cumulatie van de toepasselijke rechtsregels. Binnen afd. 6.3.2 BW heeft de wetgever hierop ingegrepen door middel van diverse kanaliseringconstructies, waarmee is beoogd ter zake van eenzelfde gebeurtenis steeds zoveel mogelijk maar één persoon kwalitatief aansprakelijk te doen zijn. Hiervan vormt de regeling van art. 6:181 een voornaam voorbeeld. Lid 1 van deze bepaling heeft – voor wat betreft de aansprakelijke persoon – *exclusieve werking* ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179. Lid 2 en 3 van art. 6:181 lid 2 en 3 hebben eveneens exclusieve werking: in geval van terbeschikkingstelling van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken wordt de aansprakelijkheid steeds gedirigeerd naar de ‘eindgebruiker’. Art. 6:181 heeft ook exclusieve werking ten opzichte van de in afd. 6.3.2 BW voorkomende ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter in bepaalde gevallen inwisselbaar is.<sup>209</sup> Voor de overige ‘bijzondere’ personen uit afd. 6.3.2 BW geldt dat deze (deels) buiten het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 staan.<sup>210</sup> Is sprake van schade door een gebrekkige roerende zaak die tevens onder het bereik van afd. 6.3.3 BW valt, dan heeft de aansprakelijkheid van de producent exclusieve werking ten opzichte van die van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181. Kwalificeert een product tevens als een opstal of gevaarlijke stof uit art. 6:174 en 175, dan is cumulatie van aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.3 en 6.3.2 BW wél mogelijk. Art. 6:181 heeft geen exclusieve werking ten opzichte van *andere* kwalitatieve aansprakelijkheden dan die uit art. 6:173, 174 en 179. Voorts laat art. 6:181 de mogelijkheid van een vordering op grond van onrechtmatige daad of overeenkomst onverlet.

208 Treffend is HR 22 november 1996, *NJ* 1998/567, m.nt. CJHB (*Bos/Althuisius*) over art. 7A:1790 (bruikleen), dat een beperktere aansprakelijkheidsregeling voor schade door gebrekkige zaken kent dan art. 6:173 jo. 181. Zie in dit verband ook Hof Den Bosch 9 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL7141 (*Carnavalspaard*).

209 De erfpachter, medebezitter, verkrijger onder opschortende voorwaarde en ouder/voogd uit respectievelijk art. 6:174 lid 2, eerste zin, art. 6:180 lid 1 en lid 2, alsmede art. 6:183 lid 2.

210 De weg-, waterstaatswerk-, leiding- en kabelbeheerder uit art. 6:174 lid 2, tweede zin (waaraan de beheerder van de spoorweginfrastructuur ex lid 2 van art. 8:1661 kan worden toegevoegd), alsmede de exploitant van een ondergronds werk uit art. 6:174 lid 3 (waaraan de in art. 8:1661 lid 1 genoemde spoorwegonderneming die een spoorvoertuig in gebruik heeft valt toe te voegen).

Het doel van de diverse kanaliseringconstructies in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht is volgens de wetgever het creëren van ‘duidelijkheid’ voor zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken. Zij moeten hun rechtspositie (op voorhand) zo goed mogelijk kunnen inschatten met het oog op de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon en de calculeerbaarheid/verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheidsrisico’s. Wanneer het huidige landschap van kanaliseringconstructies binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW wordt overzien, lijken deze regelingen het beeld van aansprakelijkheid echter eerder te vertroebelen dan te verscherpen. Er is sprake van een fijnmazig, vaak niet gemakkelijk te doorgronden systeem waardoor (op voorhand) juist bepaald *niet* duidelijk is wie wel en niet voor een bepaalde schade kwalitatief aansprakelijk is.<sup>211</sup> Ook het argument van het voorkomen van dubbele verzekeringslasten komt gelet op het huidige systeem niet overtuigend voor. In de wetsgeschiedenis is weliswaar aangegeven dat ter zake van hetzelfde door afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW bestreken schade feit steeds zoveel mogelijk maar één persoon aansprakelijk behoort te zijn en zich desgewenst moet verzekeren, maar deze ‘centraliseringsgedachte’ is bepaald niet tot in het uiterste doorgevoerd. Bezien we art. 6:181, dan had daartoe náást de werking van deze bepaling de werking van de onrechtmatige daad, contractuele aansprakelijkheid en ook andere kwalitatieve aansprakelijkheden<sup>212</sup> uitgeschakeld moeten worden, alsook de mogelijkheid van regres door de ex art. 6:173, 174, 179 jo. 181 aansprakelijke.<sup>213</sup> Alle ‘samenloopmogelijkheden’ die ondanks de regeling van art. 6:181 nog bestaan, relativiseren sterk het argument dat hiermee is beoogd dubbele verzekeringslasten te voorkomen. Degene die *binnen* het systeem van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 weliswaar niet (meer) met een kwalitatieve aansprakelijkheid is belast, kan tegenover de benadeelde heel wel nog aansprakelijk zijn – en dus behoefte hebben aan een verzekering – op een *andere* grondslag ofwel (deels) draagplichtig zijn in geval van een regresactie door degene die jegens de benadeelde wél ex art. 6:173, 174, 179 jo. 181 kwalitatief aansprakelijk is.

De essentie van de diverse kanaliseringconstructies van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW, waarvan art. 6:181 als gezegd een voornaam voorbeeld vormt, betreft mijns inziens dan ook niet zozeer het vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon of het voorkomen van dubbele verzekeringslasten. Waar het veeleer om lijkt te gaan, is het telkens willen leggen van de kwalitatieve aansprakelijkheid bij degene die de grootste mate van ‘verantwoordelijkheid’ draagt voor het door de zaak aanrichten van de ontstane schade. Een verantwoordelijkheid die berust op een (veronderstelde) zorgplicht voor de zaak, of scherper: op zeggenschap over de aan de zaak verbonden risico’s. Hierachter gaan andere (praktische en economische) argumenten zoals ‘duidelijkheid’, opspoorbaarheid en het voorkomen van dubbele verzekeringslasten als ondersteunend schuil. In hoofdstuk 7 wordt deze gedachte nader uitgewerkt.

---

211 In dezelfde zin Tjittes 1995, p. 280 en Jansen 2007, p. 180.

212 Denk met name aan de kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen ex art. 6:169-172.

213 Dit spoor is wel gevolgd in de Wet op de Aansprakelijkheid voor Kernongevallen, op grond waarvan alleen de exploitant van de kerninstallatie – en niemand anders – aansprakelijk kan worden gesteld voor schade door een kernongeval. Ook een regresvordering van deze exploitant op een ‘schuldige’ ander is niet mogelijk. Zie nader Vanden Borre 2001, p. 175 e.v.



## 4 | De bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker: onderlinge hiërarchie

### 4.1 Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 ter zake van dezelfde schade steeds *hetzij* de bezitter, *hetzij* de bedrijfsmatige gebruiker kwalitatief aansprakelijk is. Van cumulatieve aansprakelijkheid dan wel alternativiteit is geen sprake: art. 6:181 komt ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 voor wat betreft de aansprakelijke persoon *exclusieve werking* toe. Dit is in overeenstemming met het oude recht: op grond van art. 1404 OBW, de aansprakelijkheid voor dieren die wel als ‘directe voorloper’ van art. 6:179 jo. 181 wordt gezien, was ook telkens óf de eigenaar óf de gebruiker aansprakelijk, terwijl daarbij de ‘gebruikersaansprakelijkheid’ *exclusieve werking* had.<sup>1</sup> Voor nu is van belang dat voor art. 1404 OBW bovendien gold dat de aansprakelijkheid van de eigenaar van het dier nadrukkelijk ‘voorop’ stond, waarop die van de gebruiker slechts een uitzondering van praktisch geringe betekenis vormde.<sup>2</sup> In dit hoofdstuk staat centraal de vraag of in het stelsel van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 ook een duidelijke onderlinge hiërarchie aanwijsbaar is tussen de persoon van de bezitter en die van de bedrijfsmatige gebruiker. Vormt overeenkomstig het oude recht de aansprakelijkheid van de bezitter het uitgangspunt en neemt die van de bedrijfsmatige gebruiker ‘slechts’ een uitzonderingspositie in? Of zijn de kaarten met betrekking tot de positie van deze twee aansprakelijke personen in het huidige recht anders geschud?

Een onderzoek naar de onderlinge hiërarchie tussen de persoon van de bezitter en die van de bedrijfsmatige gebruiker kan om meerdere redenen leiden tot meer grip op art. 6:181. Zou art. 6:181 inderdaad een ‘uitzonderingskarakter’ hebben, dan ligt – evenals ten aanzien van de gebruikersaansprakelijkheid ex art. 1404 OBW – een terughoudende toepassing van deze aansprakelijkheid voor de hand. Zou art. 6:181 daarentegen als ‘hoofdregel’ zijn aan te merken, dan komt een meer royale toepassing in beeld. Voorts zou de onderlinge hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker in grensgevallen gewicht in de schaal kunnen leggen: bestaat gerede twijfel over de vraag of in een voorkomend geval de aansprakelijkheid behoort te rusten op de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker, dan kan het systeem van de wet dienst doen als ‘afrondingsfactor’, in die zin dat het

---

1 Zie par. 3.3.2.

2 Zie par. 4.3.

wettelijk uitgangspunt de voorkeur krijgt boven ‘de uitzondering’. Tot slot kan de precieze verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker betekenis toekomen voor wat betreft de stelplicht en bewijslast. Zo gold onder vigeur van art. 1404 OBW dat de benadeelde zich in geval van schadeveroorzaking door een dier steeds kon wenden tot de ‘in beginsel’ aansprakelijke eigenaar. Laatstgenoemde droeg telkens de aansprakelijkheid, tenzij hij (lees: de eigenaar) aantoonde dat op het moment van de schadeveroorzaking een ander ‘gebruiker’ van zijn dier was.<sup>3</sup> Geldt nu binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 eenzelfde systeem, in die zin dat de aangesproken bezitter steeds de aansprakelijke is, tenzij hij aantoont dat de zaak ten tijde van de schadeveroorzaking door een ander bedrijfsmatig werd gebruikt? In eerdere publicaties heb ik al aandacht besteed aan de zojuist opgeworpen vraagstukken.<sup>4</sup> In het navolgende zal ik mijn bevindingen dienaangaande deels herhalen en uitgebreider op deze materie ingaan.

#### 4.2 Literatuur en rechtspraak: de bezitter als hoofdregel, de bedrijfsmatige gebruiker als uitzondering

In de wetenschappelijke beschouwingen over de aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174, 179 bedoelde zaken werd het systeem van de wet van meet af aan aldus opgevat, dat de wetgever de bezitter als centrale figuur heeft willen bestempelen. De aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 werd geacht op dit ‘uitgangspunt’ of ‘beginsel’ een ‘uitzondering’ te maken. Ook nadien is de doctrine de aansprakelijkheid van de bezitter als (systematische) hoofdregel blijven zien, die uitzondering lijdt in geval van bedrijfsmatig gebruik in de zin van art. 6:181.<sup>5</sup> De feitenrechtspraak vertoont hetzelfde beeld. Een voorbeeld biedt Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA* 2008, 38 (*Ontbreken traprede*):

‘*Het beginsel* dat op de bezitter van een gebrekkige opstal de kwalitatieve aansprakelijkheid van artikel 6:174 BW rust, lijdt ingevolge artikel 6:181 BW *uitzondering* als de opstal wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf.’ (curs. AK)

Ook in de lagere rechtspraak wordt de aansprakelijkheid voor zaken alom geacht primair te rusten op de bezitter, ten opzichte waarvan de aansprakelijkheid van art. 6:181 als een ‘uitzonderingssituatie’ wordt beschouwd.<sup>6</sup> Inmiddels volgt uit HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*) dat ook de Hoge Raad van opvatting is dat de aansprakelijkheid steeds in eerste instantie op

<sup>3</sup> Zie eveneens par. 4.3.

<sup>4</sup> Kolder, *JA* 2011/56 (*Paard Loretta*) en Kolder, *JA* 2014/59 (*Beleren paard en bezitter*).

<sup>5</sup> Klaassen 1991, p. 85, 86 en 89; Schoonbrood-Wessels 1991, p. 791-792; Sterk 1994, p. 262; Tjittes 1995, p. 276; Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173, aant. 7.1.1, alsmede art. 6:174, aant. 131.1 en art. 6:179, aant. 71; Spier e.a. 2015/130; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/229, 238 en 256; Brahn/Reehuis 2015, p. 387; Bauw 2015, p. 15, 25; Tjong Tjin Tai 2011, p. 2268; Pitlo/Cahen 2002, p. 172.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 20 april 1998, *NJ* 1999/35 (*Gemeente Tilburg/De Kok*); Rb. Utrecht 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1670 (*Gebrekkige kade*) en Hof Den Haag 15 juli 2003, *VR* 2004/107 (*TU Eindhoven/Donders*).

de bezitter rust,<sup>7</sup> waarop art. 6:181 een uitzondering vormt. De Hoge Raad spreekt in zijn kernoverweging namelijk tot twee keer toe ervan dat art. 6:181 een ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker bewerkstelligt.<sup>8</sup> Hieraan liet de Hoge Raad nog de volgende vooropstelling voorafgaan:

‘Indien schade wordt aangericht door een dier is ingevolge art. 6:179 (...) de bezitter van het dier voor die schade aansprakelijk. Wordt het dier echter gebruikt in de uitoefening van het bedrijf van een ander, dan rust deze risicoaansprakelijkheid ingevolge art. 6:181 niet op de bezitter, maar op degene die het bedrijf uitoefent.’

Hieruit volgt dat ook de Hoge Raad de bezitter als centrale figuur ziet. Is art. 6:181 toepasselijk, dan wordt de aansprakelijkheid door deze bepaling van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker ‘verlegd’.<sup>9</sup> Treffend is nog dat de Hoge Raad zijn kernoverweging als volgt afrondt:

‘Ten slotte wordt nog aangetekend dat bij de beantwoording van de vraag of de aansprakelijkheid van art. 6:179 niet op de bezitter van het dier rust, maar – ingevolge art. 6:181 – op degene die het bedrijf uitoefent waarin het dier wordt gebruikt, niet van belang is of degene die dit bedrijf uitoefent bezitter dan wel houder van het dier is (...).’

Ook waar de Hoge Raad aanwijzingen geeft voor de inhoudelijke toepassing van art. 6:181, wordt geredeneerd vanuit de bezittersaansprakelijkheid als vertrekpunt. Toepasselijkheid van art. 6:181 brengt volgens de Hoge Raad met zich dat, anders dan te doen gebruikelijk, de aansprakelijkheid *niet* op de bezitter rust.<sup>10</sup> Hiermee volgt de Hoge Raad A-G Langemeijer, die in zijn conclusie voor het *Loretta*-arrest meende dat art. 6:181 in de voorliggende kwestie de vraag aan de orde stelde of de eigenaar:

‘van zijn wettelijke aansprakelijkheid als bezitter van het dier op grond van art. 6:179 BW is bevrijd doordat het paard ten tijde van het ongeval door [de manege] werd gebruikt in de uitoefening van haar bedrijf.’<sup>11</sup>

Ook in de visie van Langemeijer valt te herkennen dat de bezittersaansprakelijkheid als uitgangs- of vertrekpunt heeft te gelden, waarop art. 6:181 in bepaalde gevallen een uitzondering vormt.

7 Aan de orde was de aansprakelijkheid voor dieren ex art. 6:179.

8 HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*), r.o. 3.3.

9 Niet uit te sluiten is dat de Hoge Raad is geïnspireerd door de terminologie uit Pitlo/Cahen 2002, p. 172.

10 In dezelfde zin is HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*), r.o. 3.8.

11 Conclusie sub 2.1. Van gelijke strekking waren overigens al de woorden van A-G Huydecoper in zijn conclusie sub 15 voor HR 26 november 2010, *NJ* 2010/636 (*DB/Edco*), een arrest dat kort voor het *Loretta*-arrest werd gewezen en draaide om de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van een opstal (art. 6:174 jo. 181). Zie par. 7.6.5.1.



De in het *Loretta*-arrest door de Hoge Raad gebezigde term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid, is inmiddels omarmd in de nadien over art. 6:173, 174, 179 en 181 verschenen literatuur<sup>12</sup> en rechtspraak.<sup>13</sup> Telkens valt daarin het denkschema ‘de bezitter is aansprakelijk, *tenzij*’ te herkennen. Samenvattend geldt dat in de literatuur en rechtspraak eensgezindheid bestaat over de onderlinge hiërarchie tussen de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 enerzijds en anderzijds de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181. De aansprakelijkheid rust in beginsel steeds op de bezitter, op welk uitgangspunt de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker een uitzondering maakt. En wel in die zin dat wanneer art. 6:181 toepasselijk is, de bezitter van de in art. 6:173, 174 en 179 neergelegde aansprakelijkheid is bevrijd door een ‘verlegging’ daarvan naar de bedrijfsmatige gebruiker.

#### 4.3 Art. 1404 OBW: de eigenaar als hoofdregel, de gebruiker als uitzondering

De visie in de doctrine en rechtspraak op de onderlinge verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173, 174, 179 en 181 sluit aan bij het oude recht. Relevant is art. 1404 OBW, dat een aansprakelijkheid voor dieren kende van de *eigenaar* of *gebruiker*. Deze aansprakelijkheid wordt als gezegd wel als ‘directe voorloper’ van art. 6:179 jo. 181 gezien.<sup>14</sup> De onderlinge verhouding tussen de eigenaar en gebruiker uit art. 1404 OBW werd gekenmerkt door een duidelijke hiërarchie. De aansprakelijkheid van de eigenaar had als ‘regel’ te gelden, die van de gebruiker als ‘uitzondering’. In HR 14 februari 1919, *W* 10412 (*APC/Gemeente Groningen*), waarin een op hol geslagen paard schade veroorzaakte, verwoordde de Hoge Raad dit als volgt:

‘dat blijkens de in art. 1404 gemaakte tegenstelling de aansprakelijkheid voor de door een dier veroorzaakte schade, rust óf op den eigenaar óf – en zulks *in de tweede plaats* – op dengenen, die zich van het dier bedient, zoolang het tot zijn gebruik verstrekt; dat gelijktijdige of gedeelde aansprakelijkheid van den eigenaar en van den gebruiker derhalve is uitgesloten (...).’ (curs. AK)

Voorts werd bij de aansprakelijkheid van de gebruiker van het dier nog aangekend dat:

‘de schadelijchheid van den laatstgenoemde *eerst begint* indien de zorg voor het dier, waartoe *in het algemeen de eigenaar* verplicht is, op hem is *overgegaan*.’ (curs. AK)

12 Verheij 2015, p. 122, spreekt van een ‘verplaatsing’ van aansprakelijkheid; Bauw 2015, p. 15, spreekt van een ‘verschuiving’ van aansprakelijkheid.

13 O.a. Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*); Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard en bezitter*); Rb. Arnhem 20 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3915 (*Beleren paard*). Zie ook par. 3.3.3.1.

14 Zie reeds par. 3.3.2.

Hiermee volgde de Hoge Raad de visie van A-G Tak, die in zijn conclusie voor dit arrest optekende:

‘dat de wetgever, ter aanwijzing van den civielrechtelijken dader, *in de eerste plaats* heeft gezocht naar dengene, die tot het schade aanrichtend dier in de naaste betrekking staat, en dat hij – mede uiterst verklaarbaar – gemeend heeft daarvoor den eigenaar te moeten houden, terwijl hij *pas dan dien eigenaar vrijuit laat gaan, indien een ander zich van dat dier bedient.*’ (kurs. AK)

Ook A-G Tak voerde de eigenaar op als centrale figuur, die pas van aansprakelijkheid is bevrijd zodra een ander als gebruiker van zijn dier had te gelden. In de visie van zowel A-G Tak als de Hoge Raad was de aansprakelijkheid van de gebruiker nadrukkelijk achtergesteld bij die van de eigenaar.<sup>15</sup> De aansprakelijkheid van de eigenaar gold overigens niet alleen wetssystematisch maar ook materieelrechtelijk als meest belangrijke persoon binnen art. 1404 OBW. De Hoge Raad stelde namelijk zodanig strenge eisen alvorens een ander als ‘gebruiker’ van het dier kwalificeerde, dat de eigenaar maar zelden ontkwam aan de aansprakelijkheid van art. 1404 OBW.<sup>16</sup> Hier kwam nog eens bij dat de Hoge Raad de bewijslast van het vereiste ‘gebruik’ van zijn dier door een ander, nadrukkelijk op de eigenaar deed rusten.<sup>17</sup> Aldus kon de benadeelde in geval van schade door een dier ex art. 1404 OBW in beginsel steeds bij de eigenaar terecht. Deze was dan aansprakelijk, tenzij hij (lees: de eigenaar) aantoonde dat ten tijde van de schadeveroorzaking een ander als ‘gebruiker’ van zijn dier had te gelden. Ook bewijsrechtelijk werd dus vanuit de eigenaar als centrale figuur gedacht. Hiermee kwalificeerde de gebruikersaansprakelijkheid ex art. 1404 OBW wetssystematisch, materieelrechtelijk en bewijsrechtelijk als uitzondering op de ‘hoofdregel’ van de aansprakelijkheid van de eigenaar. Tot slot strookte ook met de tekst van art. 1404 OBW dat de aansprakelijkheid van de eigenaar ‘voorop’ stond en de gebruiker daar bij werd achtergesteld: art. 1404 OBW noemde als aansprakelijke persoon immers eerst de eigenaar en daarna pas de gebruiker.<sup>18</sup>

Het vorenstaande maakt duidelijk dat de literatuur en rechtspraak over de onderlinge hiërarchie tussen de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 (‘hoofdregel’) en de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 (‘uitzondering’) zich gesteund weten door het systeem van art. 1404 OBW, dat als gezegd wel als de directe voorloper van art. 6:179 (en, zo voeg ik toe, indirect ook art. 6:173 en 174) jo. 181 wordt gezien. Ook ikzelf heb mede onder verwijzing naar art. 1404 OBW de onderlinge verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker in een eerdere publicatie wel als volgt getypeerd:

15 Zie in deze zin ook HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*) en HR 8 oktober 1982, *NJ* 1984/2 (*Buisman/RVS*), alsook de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor laatstgenoemd arrest.

16 De Hoge Raad bracht in de loop der tijd door een verscherping van de aan het ‘gebruik’ te stellen eisen het aantal gevallen waarin de eigenaar *niet* met de verantwoordelijkheid ex art. 1404 OBW was belast steeds verder terug, met als sluitstuk HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*). Zie par. 3.3.2 en 7.3.2.

17 HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291 (*Van Amsterdam/Van den Hurk*), r.o. 3.2 (slot).

18 De aansprakelijkheid van de in art. 1404 OBW bedoelde gebruiker kwam overigens *exclusieve werking* toe: viel eenmaal een ander dan de eigenaar als ‘gebruiker’ van het dier aan te merken, dan wees de wet diegene – met uitsluiting van de eigenaar – als dé aansprakelijke aan. Zie nader par. 3.3.2.

‘Hoofdregeel is dat de bezitter op voet van art. 6:173, 6:174 en 6:179 BW de aansprakelijke is. Uitzondering hierop is dat indien de daarin bedoelde zaken, opstallen en dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt, in plaats van de bezitter de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is.’<sup>19</sup>

Naarmate de onderhavige studie naar art. 6:181 vorderde, sloeg de twijfel echter toe: is de door eenieder wel als vanzelfsprekend aangenomen verhouding tussen de bezitter (‘hoofdregeel’) en bedrijfsmatige gebruiker (‘uitzondering’) wel werkelijk conform de bedoeling van de wetgever met art. 6:173, 174, 179 jo. 181?

#### 4.4 De bedoeling van de wetgever

##### 4.4.1 Het Gewijzigd Ontwerp van 1976

In de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp, waarin art. 6:181 werd geïntroduceerd, is over de aansprakelijke persoon voor roerende zaken, opstallen en dieren het volgende opgemerkt:<sup>20</sup>

‘2. In het gewijzigd ontwerp is voorts opnieuw aandacht besteed aan de vraag op wie de aansprakelijkheid op grond van de hier besproken artikelen behoort te rusten. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen *enerzijds* het geval dat de zaak, de stof, de opstal of het dier wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf en *anderzijds* het geval dat van een *zodanig gebruik geen sprake* is. *Op het eerste geval* heeft [art. 6:181] betrekking, waarop hieronder zal worden teruggekomen. Voor *het tweede geval* wordt thans als hoofdregeel in de *artikelen [6:173, 174, 175 en 179]* voorop gesteld, dat de aansprakelijkheid rust op de bezitter. (...). Of iemand bezitter is, moet worden beoordeeld aan de hand van titel 3.5. (...).

Zoals gezegd gaat het hier om een hoofdregeel. Belangrijke nadere regels zijn te vinden in artikel [6:180] en de artikelen [6:175 lid 2, 6:174 lid 2 en 6:183 lid 2].

3. *Artikel [6:181]* wijst aan wie aansprakelijk is in het geval dat de zaak, de stof, de opstal of het dier wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf. In dat geval wordt de aansprakelijkheid gelegd op degene die het bedrijf uitoefent.’ (curs. AK)

Deze passage is hét gedeelte van de parlementaire geschiedenis waarin het raamwerk van art. 6:173, 174, 179 en 181 wordt geëxpliciteerd. *Close reading* hiervan leert dat met het huidige stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 het volgende is voorgestaan. Ter bepaling van degene op wie de kwalitatieve aansprakelijkheid voor roerende zaken, opstallen en dieren rust, moet steeds onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het geval dat die zaken worden gebruikt in de uitoefening van een

<sup>19</sup> Kolder, *JA 2007/107 (Valraam ziekenhuis)*, sub 5.

<sup>20</sup> Parl. gesch. Boek 6, p. 745. Het gaat om de toen nog ontwerp-artikelen 6.3.2.5-8, de huidige aansprakelijkheden voor respectievelijk roerende zaken (art. 6:173), gevaarlijke stoffen (art. 6:175), opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179). Bij de ‘Stofkam-operatie’ in 1983 werd art. 6.3.2.6 betreffende gevaarlijke stoffen geschrapt, om later alsnog te worden ingevoerd als onderdeel van de Aanvullingswet 1995.

bedrijf en anderzijds het geval dat van een zodanig gebruik *geen* sprake is. Op het eerste geval heeft art. 6:181 betrekking. Voor het tweede geval – het geval waarin van bedrijfsmatig gebruik *geen* sprake is –, wordt als ‘hoofdregel’ voorop gesteld dat de aansprakelijkheid rust op de bezitter. Ten opzichte van *die* hoofdregel – de regel van de *bezitters*aansprakelijkheid bij gebreke van een bedrijfsmatige gebruiker – gelden ‘nadere regels’ die een aantal ‘bijzondere’ personen, waarvoor de bezitter ‘inwisselbaar’ is, als kwalitatief aansprakelijke aanwijzen.<sup>21</sup>

In dit door de wetsontwerper voorgestane systeem valt ten aanzien van de aansprakelijkheid van de in art. 6:173, 174, 179 en 181 genoemde bezitter en bedrijfsmatige gebruiker *geen* ‘hoofdregel-uitzondering’-constructie te herkennen, in die zin dat qua aansprakelijke persoon de bezitter voorop staat, op welk uitgangspunt de persoon van de bedrijfsmatige gebruiker een uitzondering vormt. Evenmin blijkt uit het in de toelichting beschreven systeem gelijkenis met het systeem van art. 1404 OBW (dieren), waarin de aansprakelijkheid van de eigenaar ‘voorop’ stond en die van de gebruiker slechts betekenis had in uitzonderingsgevallen. Integendeel, in de ogen van de wetsontwerper staat in het systeem van art. 6:173, 174, 179 en 181 de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’. Pas wanneer *geen* sprake is van bedrijfsmatig gebruik als bedoeld in art. 6:181, komt de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 in beeld. En in dát geval – een bedrijfsmatige gebruiker ontbreekt – is de aansprakelijkheid van de bezitter volgens de toelichting ‘de hoofdregel’, waarop weer ‘uitzonderingen’ mogelijk zijn in de vorm van ‘nadere regels’ die in plaats van de bezitter een aantal ‘bijzondere’ personen als aansprakelijke aanwijzen. Art. 6:181 *zélf* behoort *niet* tot een dergelijke ‘uitzondering’ op de bezittersaansprakelijkheid van art. 6:173, 174 en 179. Immers, de aansprakelijkheid van de bezitter *inclusief* bedoelde uitzonderingen daarop komen pas in beeld, indien van bedrijfsmatig gebruik geen sprake is. Aldus vervult de aansprakelijkheid van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 (inclusief de ‘bijzondere’ personen waarvoor deze persoon inwisselbaar is) ten opzichte van art. 6:181 een ‘vangnet-functie’. Dat in de voornoemde passage van de wetsgeschiedenis in relatie tot de bezitter twee maal die van de term ‘hoofdregel’ valt, is dan ook verwarrend. Op het eerste oog zou dit namelijk de gedachte kunnen doen postvatten dat de aansprakelijkheid van de bezitter (ook) in de verhouding met die van de bedrijfsmatige gebruiker als ‘hoofdregel’ heeft te gelden – en dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker als een uitzondering daarop kwalificeert. Een nadere beschouwing leert echter dat de aansprakelijkheid van de bezitter weliswaar de ‘hoofdregel’ is, zij het *buiten gevallen van bedrijfsmatig gebruik* in de zin van art. 6:181. De aansprakelijkheid van de bezitter als ‘hoofdregel’ komt dus pas in beeld wanneer geen bedrijfsmatige gebruiker van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken valt aan te wijzen.

---

21 Zie nader omtrent deze ‘bijzondere’ personen par. 3.5.2.

#### 4.4.2 De Aanvullingswet 1995

In het kader van de totstandkoming van de Aanvullingswet 1995 is wederom ingegaan op de aansprakelijke persoon in geval van schade door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Vermeld wordt dat de aansprakelijkheid:

*‘bij wijze van hoofdregel op de bezitter [wordt] gelegd. Maar voor het in de praktijk belangrijkste geval dat de zaak wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, rust de aansprakelijkheid krachtens [art. 6:181] op degene die dit bedrijf uitoefent.’*<sup>22</sup> (curs. AK)

In het systeem van art. 6:173, 174, 179 en 181 wordt de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker – en niet die van de bezitter – als meest belangrijk gezien. Vermeldenswaard is dat in de toelichting hierbij nog aangetekend wordt dat het begrip ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 ‘ruim moet worden opgevat’.<sup>23</sup> Hier komt wederom een scherpe tegenstelling met art. 1404 OBW (dieren) naar voren: anders dan de aansprakelijkheid van de gebruiker ex art. 1404 OBW, is de aansprakelijkheid van de gebruiker ex art. 6:181 géén uitzondering van slechts praktisch geringe betekenis. Toch bezigt de toelichting in de zojuist weergegeven passage eveneens de term ‘hoofdregel’ in relatie tot de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179. Ook hier zou de lezer op het spoor gezet kunnen worden van in uitgangspunt een aansprakelijkheid van de bezitter, waarop de persoon van bedrijfsmatige gebruiker een, weliswaar belangrijke, uitzondering maakt. Nu is echter (eveneens) verwarrend dat ervan wordt gesproken dat ‘bij wijze van’, en kennelijk dus niet daadwerkelijk, de aansprakelijkheid van de bezitter ‘hoofdregel’ is. Dat de hoofdregel in werkelijkheid inderdaad niet door de aansprakelijkheid van de bezitter maar door die van de gebruiker ex art. 6:181 wordt gevormd, zou aansluiten bij de passage in de toelichting dat het ‘in de praktijk belangrijkste geval’ de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker betreft. Overigens is tevens niet uit te sluiten dat waar in de zojuist weergegeven passage de aansprakelijkheid van de bezitter ‘hoofdregel’ wordt genoemd, daarbij niet zozeer werd gedacht aan de verhouding met art. 6:181 maar – wederom –<sup>24</sup> aan de relatie met de ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter inwisselbaar is. Ten opzichte van hun aansprakelijkheid vormt die van de bezitter namelijk wel de ‘hoofdregel’. Hoewel de precieze verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker aan de hand van voornoemd citaat uit de toelichting op de Aanvullingswet 1995 dus moeilijk valt te doorgronden, wordt wel duidelijk dat de gedachten over de aansprakelijke persoon op het gebied van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken vooral uitgingen naar de in art. 6:181 genoemde bedrijfsmatige gebruiker.

Dat de aansprakelijkheid ex art. 6:181 ten opzichte van de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 inderdaad ‘voorop’ staat, vindt adstructie in een latere passage uit de toelichting op de Aanvullingswet 1995. Het betreft de totstandkoming van art. 6:175, dat in 1995 aan afd. 6.3.2 BW werd toegevoegd.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 6.

<sup>23</sup> Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 6.

<sup>24</sup> Zie par. 4.4.1.

Aanvankelijk werd voorgesteld – in lijn met het reeds per 1992 ingevoerde regime van art. 6:173, 174, 179 en 181 – de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen ex art. 6:175 en 181 te leggen bij de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker. Omdat men een kwalitatieve aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen in de particuliere sfeer uiteindelijk te ver vond gaan, werd de bezittersaansprakelijkheid geschrapt. In plaats van op de *bezitter* legde het aangepaste lid 1 van art. 6:175 de aansprakelijkheid bij de *beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker* van de stof. De gevaarlijke stoffen verdwenen voorts uit het aanvankelijk voorgestelde aangepaste art. 6:181 lid 1 en 2.<sup>25</sup> Deze wijziging van de aansprakelijke persoon op het gebied van de gevaarlijke stoffen werd als volgt toegelicht:

‘De nu voorgestelde nieuwe aanhef van artikel 175 lid 1, eerste lid neemt in hoofdzaak de formulering over van artikel 181 dat de aansprakelijkheid betreft van degene die de stof in de uitoefening van zijn *bedrijf* gebruikt. Deze formulering behoeft echter enige aanvulling, nu in de nieuwe redactie de algemene aansprakelijkheid van de *bezitter* niet langer als *vangnet* kan dienen.’<sup>26</sup> (curs. AK)

In de ‘oude’ redactie van art. 6:175 werd de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen nog geregeld in overeenstemming met het voor de in art. 6:173, 174, 179 en 181 bedoelde zaken geldende regime, met als aansprakelijke personen de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker. In de ‘nieuwe’ redactie van art. 6:175 viel deze bezittersaansprakelijkheid weg, hetgeen voor de minister aanleiding was in art. 6:175 een ruimere omschrijving van de aansprakelijke persoon op te nemen dan de (enkele) term ‘bedrijf’ zoals in art. 6:181.<sup>27</sup> Wat hierbij duidelijk wordt, is dat de minister de bezittersaansprakelijkheid van art. 6:173, 174 en 179 – alsook in de ‘oude’ redactie van art. 6:175 – in de verhouding met art. 6:181 als ‘vangnet’ ziet. Met andere woorden, de persoon van de bezitter komt pas in beeld zodra een bedrijfsmatige gebruiker ontbreekt.<sup>28</sup>

Mijn analyse laat tot nu toe zien dat in het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 *niet* de aansprakelijkheid van de bezitter maar die van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat. Pas wanneer van een bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 *geen* sprake is, valt men terug op de ‘achterliggende’ bezittersaansprakelijkheid, die dienst doet als ‘vangnet’. In gevallen waarin een bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 ontbreekt, geldt de aansprakelijkheid van de bezitter als ‘hoofdregel’, waarop uitzonderingen bestaan in de vorm van de aansprakelijkheid van een aantal ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter inwisselbaar is.

25 Wel werd aan art. 6:181, naar het voorbeeld van art. 6:181 lid 2, een specifiek op gevaarlijke stoffen toegesneden nieuw lid 3 toegevoegd.

26 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15.

27 Of art. 6:175 hiermee op het gebied van de aansprakelijke personen ook werkelijk tot van art. 6:181 afwijkende uitkomsten leidt, komt aan de orde in par. 6.6.4 en 6.7.

28 Zodoende komt ook hier de *exclusieve werking* van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 naar voren. Zie nader par. 3.3.

#### 4.4.3 *Andere aansprakelijkheden binnen afd. 6.3.2 BW dan art. 6:173, 174, 179 en 181*

Dat binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat en de bezitter bij deze aansprakelijke persoon is achtergesteld, vindt steun in een bredere beschouwing van de aansprakelijke personen in afd. 6.3.2 BW. De ‘overige’ aansprakelijkheden (lees: de in afd. 6.3.2. BW opgenomen *andere* aansprakelijkheden dan de in art. 6:181 genoemde aansprakelijkheden van art. 6:173 lid 1, art. 6:174 lid 1 en lid 2, eerste zin, en art. 6:179) tonen dat de gedachten van de wetgever over nagenoeg de gehele linie vooral en in de eerste plaats zijn uitgegaan naar ‘de professional’ (degene die bedrijfsmatig handelt) als kwalitatief aansprakelijke persoon en niet naar ‘de particulier’ (de bezitter). De enige bepaling die als ‘hoofdregeel’ een particulier (ouder/voogd) als kwalitatief aansprakelijke kent, is art. 6:169. Dit vloeit echter voort uit de aard van deze aansprakelijkheid: bedrijven baren nu eenmaal geen kinderen. Voor art. 6:170 met betrekking tot *ondergeschikten* geldt dat met lid 1 de ruime aansprakelijkheid voor de bedrijfsmatige sfeer voorop staat, terwijl lid 2 voor de particuliere sfeer een nadere (restrictievere) regel geeft.<sup>29</sup> Art. 6:171 met betrekking tot *niet-ondergeschikten* ziet op degene die een bedrijf uitoefent en kent geen particuliere aansprakelijkheid. Verderop in deze studie zal overigens nog blijken dat art. 6:181 inzake *hulpzaken* als ‘tegenhanger’ van art. 6:170 lid 1 en art. 6:171 inzake *hulp-personen* heeft te gelden.<sup>30</sup> Nu de wetgever bij deze aansprakelijkheden voor hulp-personen primair degene die bedrijfsmatig handelt op het oog heeft, komt het logisch voor dat voor de ‘tegenhanger’ daarvan, art. 6:181, hetzelfde geldt. Art. 6:172 inzake vertegenwoordigers maakt zelf geen onderscheid tussen de ‘bedrijfsmatige’ en particuliere sfeer, maar zal niettemin voornamelijk gelding hebben in de professionele sfeer.<sup>31</sup> De in lid 2 van art. 6:174 genoemde wegbeheerder betreft altijd een overheidslichaam,<sup>32</sup> en derhalve nimmer een particulier. De aansprakelijkheid van de beheerder van een waterstaatswerk is onlangs aan lid 2 van art. 6:174 toegevoegd en op één lijn met die van de wegbeheerder gesteld, juist om een particuliere bezittersaansprakelijkheid te voorkomen.<sup>33</sup> Voor de eveneens in lid 2 van art. 6:174 genoemde kabel- en leidingbeheerder zal in de regel gelden dat dit evenmin een particulier betreft. Art. 6:174 lid 3 bevat een aansprakelijkheidsregel voor ‘ondergrondse opstallen’. Deze bepaling kent evenmin een particuliere aansprakelijkheid aangezien enkel degene die hiervan ‘bedrijfsmatig’ gebruik maakt als aansprakelijke wordt aangewezen. Wel kan de aansprakelijkheid voor

29 Lid 2 van art. 6:170 geeft een ten opzichte van art. 6:170 lid 1 qua functioneel verband restrictievere regeling voor ondergeschikten in dienst van een natuurlijk persoon niet werkzaam voor diens beroep of bedrijf. Zie nader par. 5.3.1, 6.6.2, 8.2 en 8.4.

30 Par. 5.2 en 5.5.

31 Zie HR 11 maart 2011, *NJ* 2012/388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*) over een frauderende hypotheekadviseur, alsook de diverse door A-G Spier in zijn conclusie en annotator Verstappen in zijn *NJ*-noot gegeven voorbeelden omtrent de toepassing van art. 6:172 ten aanzien van voornamelijk handelende in professionele organisaties.

32 Art. 6:174 lid 2 ziet op schade door ‘openbare wegen’, hetgeen blijkens art. 4 Wegenwet wegen zijn die worden onderhouden door het rijk, de provincie, de gemeente of het waterschap.

33 *Kamerstukken II* 2015/16, 34436, 3, p. 13.

een ondergronds werk bij gebreke van een bedrijfsmatige gebruiker op de (particuliere) bezitter rusten ex art. 6:174 lid 1. Niettemin blijkt uit de achtergrond van art. 6:174 lid 3 dat deze aansprakelijkheid juist is ingevoerd om in voorkomende gevallen een aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter te voorkomen.<sup>34</sup> Hierbij past dat voor door lid 3 van art. 6:174 *niet* bestreken ‘bovengrondse opstallen’ – bedenk dat eenzelfde opstal zowel onder- als bovengronds gelegen kan zijn –<sup>35</sup> ingevolge art. 6:181 jo. 174 lid 1 de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘hoofdregel’ is en die van de bezitter ‘de uitzondering’ in plaats van andersom. Art. 6:175 inzake gevaarlijke stoffen kent evenmin een particuliere aansprakelijkheid. Illustratief is dat aanvankelijk werd voorgesteld deze aansprakelijkheid – in lijn met het regime van art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 – bij de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker te leggen. Omdat aansprakelijkheid in de particuliere sfeer toch niet wenselijk werd geacht, werd de bezittersaansprakelijkheid geschrapt en is enkel gekozen voor de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker als kwalitatief aansprakelijke.<sup>36</sup> Hierbij tekende de minister aan:

‘De wijzigingen strekken ertoe de aansprakelijkheid van de bezitter van de in de artikel 175 bedoelde stoffen te laten vervallen teneinde te voorkomen dat ook de natuurlijke persoon die niet in beroep of bedrijf handelt, als bezitter, aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Dat deze aansprakelijkheid weerstand blijkt op te roepen is begrijpelijk, nu het verband met activiteiten met de stof die de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar in de hand kunnen werken, hier minder sprekend is *en het bovendien gaat om een groep personen die door het recht in het algemeen wordt ontzien*.<sup>37</sup> (curs. AK)

De toelichting maakt niet alleen duidelijk dat (particuliere) bezitters specifiek met betrekking tot de aansprakelijkheid uit art. 6:175 behoren te worden ontzien, maar ook *in meer algemene zin*. De minister laat zien dat hij bij de keuze voor de kwalitatief aansprakelijke steeds primair de bedrijfsmatige (professionele) sfeer voor ogen heeft gehad en de focus in eerste instantie dus niet had op ‘de particulier’. Weinig verrassend is zodoende dat ook art. 6:176 en 177, die samen met art. 6:175 onderdeel uitmaakten van de Aanvullingswet 1995, met als aansprakelijke personen de exploitant van respectievelijk een stortplaats en mijnbouwwerk geen particuliere aansprakelijkheid kennen. Geconcludeerd kan worden dat binnen afd. 6.3.2 BW vooral werd gedacht aan een kwalitatieve aansprakelijkheid van degene die ‘bedrijfsmatig’ (professioneel) aan het maatschappelijk verkeer deelneemt en daarbij voor personen en zaken een verhoogde kans op schade creëert. Pas wanneer binnen afd. 6.3.2 BW *geen* ‘professional’ valt aan te wijzen, kan in sommige gevallen wel, in sommige niet, op ‘de particulier’ als aansprakelijke worden teruggevallen. Waar binnen afd. 6.3.2 BW een ‘particuliere’ aansprakelijkheid voor komt, heeft zij aldus een ‘vangnet-functie’.

34 *Kamerstukken II* 1998/99, 26219, 3, p. 103-104.

35 Vgl. Hekster 2003, p. 351-354.

36 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

37 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.



#### 4.4.4 De achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW

Dat in het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 de bedrijfsmatige gebruiker 'voorop' staat waarachter de (particuliere) bezitter als 'vangnet' fungeert, laat zich goed verklaren door de achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW. Vanaf het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw – het OBW was kort daarvoor in 1838 ingevoerd – veranderde het maatschappijbeeld ingrijpend door de Industriële revolutie. De samenleving werd gevaarlijker (men zag zich geconfronteerd met méér en nieuwe risico's) en complexer (betrokken verhoudingen werden onoverzichtelijker). Nadat aanvankelijk de vrijheid van economische activiteit hoger werd gewaardeerd, vond de slachtofferbeschermingsgedachte steeds meer weerklank. Steeds breder werd gedragen de gedachte dat de schade van slachtoffers van 'bedrijfsmatige' risico's zoveel mogelijk afgewenteld diende te worden op degenen die deze gevaren ook hadden doen ontstaan. Dat de degene die het gevaar creëerde niet altijd zelf een 'verwijt' trof ten aanzien van de ontstane schade behoefde, mede door de toenemende verzekerbaarheid van bedrijfsmatige risico's, niet aan zijn aansprakelijkheid in de weg te staan. Tegen deze achtergrond werd in 1992 afd. 6.3.2 BW ingevoerd – waaraan in 1995 art. 6:175-177 nog werden toegevoegd –, met daarin opgenomen diverse kwalitatieve aansprakelijkheden voor uiteenlopende 'bronnen van verhoogd gevaar'. De aansprakelijkheid werd steeds zoveel mogelijk 'geconcentreerd' bij degene die een bedrijf uitoefent en daarbij gebruik maakt van de in afd. 6.3.2 BW bedoelde personen en zaken.<sup>38</sup> De kiem van (de behoefte aan) de diverse in afd. 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheden is derhalve gelegen in een bescherming tegen schade door 'bedrijfsmatige' activiteiten. Hiermee strookt dat in geval van schade door een 'bron van verhoogd gevaar' als bedoeld in afd. 6.3.2 BW de aansprakelijkheid daarvoor in de eerste plaats rust op de 'professional' en *niet* op 'de particulier'.

In die richting wijzen ook de concrete argumenten die in de parlementaire geschiedenis ter rechtvaardiging van de invoering van afd. 6.3.2 BW zijn aangevoerd. Genoemd worden het bieden van bescherming tegen 'verhoogd' gevaar, het vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon, de eenheidsgedachte, aspecten van schadespreiding en verzekering, alsook het profijtbeginsel.<sup>39</sup> Worden in dit licht de aansprakelijkheden voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken bezien, dan valt te constateren dat de genoemde argumenten niet zozeer opgeld doen in geval van 'particulier bezit' maar juist in geval van 'bedrijfsmatig gebruik'. Immers, juist bedrijfsactiviteiten kunnen de verwezenlijking van het aan de bedoelde zaken verbonden gevaar in de hand werken, terwijl 'het bedrijf' de kosten van een aansprakelijkheid daarvoor – al dan niet in de vorm van verzekeringspremies – beter kan spreiden (over zijn afnemers) dan een particulier. Ook zal in de bedrijfsmatige sfeer de profijtgedachte meer op de voorgrond staan dan in de particuliere sfeer. Bovendien zullen voor benadeelden ondoorzichtige (interne) verhoudingen, die een 'centraal adres' voor aansprakelijkheid wenselijk maken, zich niet snel in de particuliere maar vooral in de bedrijfsmatige sfeer voordoen. Hetzelfde geldt voor de 'eenheidsgedachte', waaraan in beginsel alleen in de bedrijfsmatige sfeer een reële betekenis toekomt.

<sup>38</sup> Zie ook par. 2.3 over de achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW.

<sup>39</sup> Zie nader par. 2.4.

De achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW vormen ook een verklaring voor het 'systeemverschil' tussen art. 6:179 (alsmede art. 6:173 en 174) jo. 181 en art. 1404 OBW. De laatste bepaling stelde bij de aansprakelijkheid voor dieren de eigenaar als aansprakelijke persoon voorop en liet aan de gebruiker de rol van een uitzondering van praktisch beperkte betekenis. Het is juist de periode ná de invoering van het OBW in 1838 waarin de maatschappelijke omstandigheden en inzichten sterk wijzigden. Door industrialisatie, professionalisering en schaalvergroting was ten opzichte van de periode waarin het OBW tot stand was gekomen sprake van een 'nieuwe' situatie gekenmerkt door bedrijfsmatige risico's. In daarop toegesneden wetgeving zoals afd. 6.3.2 BW komt het logischer voor de aansprakelijkheid van 'het bedrijf' tot uitgangspunt te nemen en niet meer – zoals nog wel in art. 1404 OBW – die van de (particuliere) eigenaar/bezitter.

#### 4.4.5 Productenaansprakelijkheid (afd. 6.3.3 BW)

Dat op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken binnen afd. 6.3.2 BW niet de bezitter maar de bedrijfsmatige gebruiker als aansprakelijke persoon 'voorop' staat, vindt nadere adstructie in de in afd. 6.3.3 BW geregelde kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent. Hoewel deze afdeling een Europeesrechtelijke achtergrond heeft, staat zij in nauw verband met afd. 6.3.2 BW, in het bijzonder de daarin geregelde aansprakelijkheid voor zaken van art. 6:173 en 181. Bij de implementatie van de richtlijn werd onderkend dat een gebrekkig product in de zin van afd. 6.3.3 BW vaak ook zal kwalificeren als een gebrekkige roerende zaak, zodat zich gemakkelijk samenloop van afd. 6.3.2 met 6.3.3 BW kan voordoen.<sup>40</sup> Daarom zijn deze twee afdelingen, die beide hun oorsprong vinden in de gedachte van bescherming tegen 'bronnen van verhoogd gevaar',<sup>41</sup> op elkaar afgestemd: afd. 6.3.3 BW ziet op schade door gebreken die al bestonden op het moment waarop het product/de zaak in het verkeer werd gebracht, art. 6:173 en 181 zien op gebreken van de zaak die op later moment zijn ontstaan.<sup>42</sup> Van belang is dat de regeling van de productenaansprakelijkheid van afd. 6.3.3. BW is beperkt tot degene die 'beroeps- of bedrijfsmatig' handelt (art. 6:185 lid 1 sub c). Hiermee is beoogd een kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade door in de particuliere sfeer vervaardigde zaken te voorkomen.<sup>43</sup> Nu afd. 6.3.3 BW voor gebrekkige producten aldus enkel een aansprakelijkheid van 'de professional' kent, komt het niet logisch voor dat in de hiermee nauw samenhangende aansprakelijkheidsregeling voor gebrekkige roerende zaken ex art. 6:173 jo. 181 de verhoudingen wezenlijk anders liggen. Het ligt met het oog op *afd. 6.3.3 BW* met andere woorden in de rede dat (ook) bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken op grond van *afd. 6.3.2 BW* degene die bedrijfsmatig handelt ('de professional') voorop staat en niet de

40 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 13.

41 Zie voor afd. 6.3.2 BW *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3 en *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6, voor afd. 6.3.3 BW Parl. gesch. Boek 6, p. 782-787.

42 Zie nader reeds par. 3.5.3.

43 *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 17; *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 9, p. 6. Zie nader par. 6.6.2.

(particuliere) bezitter. Deze redenering zou overigens nog doorgetrokken kunnen worden naar de aansprakelijke personen voor schade door opstallen en dieren, aangezien hetgeen in dit verband voor art. 6:173 jo. 181 geldt ook van betekenis is voor de eveneens in art. 6:181 genoemde artikelen 6:174 en 179.<sup>44</sup>

#### 4.5 Art. 6:181 bewerkstelligt geen ‘verlegging’ van aansprakelijkheid maar is een ‘voorrangsregel’

De literatuur en rechtspraak, waarin de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 als uitgangspunt of hoofdregel wordt gezien en die van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 als uitzondering, doen in mijn ogen geen recht aan de ware verhoudingen. Overigens is het wel verklaarbaar dat de bedoeling van de wetgever niet goed is doorgekomen. Zo valt in de wetgeschiedenis van art. 6:173, 174, 179 en 181 meermaals de term ‘hoofdregel’ in relatie tot de aansprakelijkheid van de bezitter, terwijl afd. 6.3.2 BW zodanig is geredigeerd dat daarin in art. 6:173, 174 en 179 eerst de bezitter als aansprakelijke persoon wordt geïntroduceerd en daarna, nagenoeg aan het einde van de afdeling, pas de bedrijfsmatige gebruiker in art. 6:181. De term ‘hoofdregel’ ziet als gezegd echter niet op de verhouding tussen de bezitter en de bedrijfsmatige gebruiker, maar op die tussen de bezitter en de ‘bijzondere’ personen waarvoor deze in een aantal specifieke gevallen ‘inwisselbaar’ is. Voor de plaatsing van art. 6:181 in afd. 6.3.2 BW ná art. 6:173, 174 en 179 geldt dat deze als ongelukkig kan worden beschouwd. Daarmee zou immers de indruk gewekt kunnen worden dat de aansprakelijkheid van de als eerste genoemde bezitter het uitgangspunt is waarop die van de (pas) daarna genoemde bedrijfsmatige gebruiker een uitzondering vormt.<sup>45</sup> Niettemin krijgt de door mij ontwikkelde gedachte, dat de wetgever voor wat betreft de kwalitatief aansprakelijke persoon heeft bedoeld dat de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat terwijl de bezitter slechts fungeert als ‘vangnet’ bij gebreke van een dergelijke gebruiker, inmiddels bijval.<sup>46</sup>

In dit licht komt ook de woordkeuze van de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest, waarin wordt gesproken van een door art. 6:181 bewerkstelligde ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker, minder gelukkig voor. Bedoelde term impliceert naar mijn mening ten onrechte dat in het stelsel van art. 6:179 (alsmede art. 6:173 en 174) jo. 181 de aansprakelijkheid van de bezitter steeds het uitgangspunt is, waarop die van de bedrijfsmatige gebruiker een uitzondering vormt. Zelfs wanneer van bedrijfsmatig gebruik door een ander dan de bezitter aanvankelijk geen sprake is maar later wel, komt de term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid niet zuiver voor. De kwalitatieve aansprakelijkheid treedt immers pas in op het moment van de schadeveroorzaking. Vindt deze plaats

<sup>44</sup> Zie par. 3.3.3.2.

<sup>45</sup> Vgl. art. 1404 OBW (dieren) waarin de in de wettekst als eerste genoemde persoon – de eigenaar en niet de gebruiker – wetssystematisch ook ‘voorop’ stond. In par. 4.4 heb ik al verdedigd dat voor wat betreft de (onderlinge hiërarchie tussen de) aansprakelijke personen een wezenlijk systeemverschil bestaat tussen art. 1404 OBW enerzijds en anderzijds art. 6:179 (en art. 6:173 en 174) jo. 181.

<sup>46</sup> Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest, sub 5; Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 302.

wanneer eenmaal sprake is van bedrijfsmatig gebruik, dan rust de aansprakelijkheid ingevolge art. 6:181 van meet af aan op de bedrijfsmatige gebruiker zónder (eerst) op de in art. 6:173, 174 en 179 genoemde bezitter te hebben gerust. Zo bracht in de *Loretta*-zaak Van de Water als particuliere bezitter zijn paard op zeker moment ‘ter belering’ onder bij manege De Gulle Ruif. De kwalitatieve aansprakelijkheid (van de manege) trad in toen het paard op de manege de 10-jarige Marloes in het gezicht traptte. Deze aansprakelijkheid heeft nimmer op Van de Water als ‘achterliggende’ bezitter gerust; van een ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de bezitter naar de manege als bedrijfsmatige gebruiker was geen sprake. In geval van bedrijfsmatig gebruik wordt in het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 aan het ‘vangnet’ van de bezitter niet toegekomen. Art. 6:181 is in mijn ogen dan ook beter te beschouwen als een ‘voorrangsregel’ op grond waarvan de bedrijfsmatige gebruiker ‘rechtstreeks’, zónder ‘tussenkost’ van de bezitter, dé aansprakelijke is. Met andere woorden, art. 6:181 heeft voor wat betreft de aansprakelijke persoon *exclusieve werking* ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179.

De term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid lijkt evenwel beter te passen in de context van lid 2 (en lid 3) van art. 6:181. Deze bepaling beoogt een regeling te geven voor gevallen waarin sprake is van *meerdere* bedrijfsmatige gebruikers van de in de art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken: zodra deze in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt ‘door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander’, dan is ‘die ander’ de op grond van art. 6:181 lid 1 aansprakelijke. Zodra een bedrijfsmatige gebruiker een zaak ter beschikking stelt aan een andere bedrijfsmatige gebruiker, *verplaatst* de aansprakelijkheid zich daarmee dus ook naar die ander. Gezegd zou kunnen worden dat lid 2 (en ook lid 3) van art. 6:181 de aansprakelijkheid ‘verlegt’ naar de eindgebruiker. Niettemin geldt ook hier dat wanneer een eenmaal aan een ander ter beschikking gestelde zaak schade veroorzaakt, de aansprakelijkheid (pas) op dát moment intreedt. Alsdan rust de aansprakelijkheid ingevolge lid 2 (en ook lid 3) van art. 6:181 derhalve rechtstreeks op (alleen) ‘de laatste in de keten’, zonder dat deze eerst op de ‘uitlener’ heeft gerust.<sup>47</sup> Wederom een exclusieve werking van de door art. 6:181, in dit geval lid 2 (en lid 3), in het leven geroepen aansprakelijkheid.

Bezien we tot slot nog art. 1404 OBW (dieren), dan zou de term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de eigenaar naar de gebruiker daar meer op zijn plaats zijn geweest dan bij art. 6:179 (alsmede art. 6:173 en 174) jo. 181. Binnen art. 1404 OBW was de aansprakelijkheid van de eigenaar immers wél steeds het vertrekpunt, waarop die van de gebruiker in een beperkt aantal gevallen een uitzondering maakte. Ook hier kan echter de kanttekening worden geplaatst dat de aansprakelijkheid ex art. 1404 OBW pas intrad op het moment van het ontstaan van de schade. Was dat ten tijde van het gebruik van het dier door een ander dan de eigenaar, dan rustte enkel op die ander de aansprakelijkheid zónder dat deze (eerst) op de eigenaar had gerust. Ook hier strikt genomen dus geen ‘verlegging’ van aansprakelijkheid, maar – zuiverder – een exclusieve werking van de in art. 1404 OBW opgenomen gebruikersaansprakelijkheid.

---

<sup>47</sup> Een en ander geldt ook voor de ‘gesegmenteerde’ aansprakelijkheid van art. 6:175, op grond waarvan de aansprakelijkheid steeds ‘meeverhuist’ naar degene in wiens handen de stof zich ten tijde van de schadeveroorzaking bevindt.

## 4.6 Praktische betekenis van de hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker

### 4.6.1 Inleidende opmerkingen

Omdat op het gebied van de aansprakelijkheid voor zaken in afd. 6.3.2 BW de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat en die van de bezitter slechts dienst doet als ‘vangnet’, wordt in het vervolg van deze studie dit stelsel niet langer aangeduid met art. 6:173, 174, 179 *jo. 181* maar met art. 6:181 *jo. art. 6:173, 174 en 179*. Hierbij moet bedacht worden dat de aansprakelijkheid van de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker in de verhouding met de in art. 6:173, 174 en 179 genoemde bezitter weliswaar ‘voorop’ staat, maar zonder dit drietal artikelen niet kan functioneren. Wanneer art. 6:181 toepasselijk is, wordt namelijk alleen aan *de persoon* van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 niet toegekomen. De materiële voorwaarden die dit drietal artikelen stelt voor *de vestiging* van de respectieve aansprakelijkheden blijven ook in het geval van bedrijfsmatig gebruik relevant. Denk vooral aan het in art. 6:173 en 174 opgenomen gebreksvereiste en het vereiste van de ‘eigen energie’ waarom art. 6:179 scharniert. De aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak, opstal of dier is in het voorkomende geval daarom niet te gronden op art. 6:181 alléén, maar berust telkens op een combinatie met (de aansprakelijkheidsgronden van) art. 6:173, 174 en 179.<sup>48</sup> De verhouding tussen de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter die uit mijn analyse naar voren komt, is echter niet enkel van dogmatisch belang maar heeft naar mijn mening om meerdere redenen ook praktische betekenis.

### 4.6.2 In geval van toepasselijkheid van art. 6:181 speelt het bezit geen rol

De term ‘verlegging’ van aansprakelijkheid uit het *Loretta*-arrest komt in mijn ogen als gezegd ongelukkig voor: art. 6:181 fungeert namelijk als ‘voorrangsregel’ terwijl de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 pas een rol speelt wanneer een bedrijfsmatige gebruiker ontbreekt.<sup>49</sup> Bij dit systeem past wél goed de overweging van de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest, dat voor de toepasselijkheid van art. 6:181 ‘niet van belang is of degene die dit bedrijf uitoefent bezitter dan wel houder van het dier is’.<sup>50</sup> Immers, indien art. 6:181 voor toepassing in aanmerking komt, doet de vraag naar een eventuele ‘achterliggende’ bezitter of detentor niet terzake. Een voorbeeld hiervan biedt Rb. Groningen 5 september 2007, *JA* 2007/167 (*Discotheek Bermuda*), waarin een bezoeker van een bar/dancing over een 90 cm hoog hekwerk viel en terechtkwam op de 9 meter daaronder

48 Zoals nog zal blijken uit par. 9.4 in combinatie met de bijlage achter hoofdstuk 9, par. 3, was het mijns inziens zuiverder geweest de bedrijfsmatige gebruiker niet onder te brengen in art. 6:181 maar in art. 6:173, 174 en 179, en de bezitter niet in deze laatste drie artikelen maar in art. 6:181. Alsdan zou niet alleen duidelijk(er) zijn dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat, maar zouden bovendien de persoon van de bedrijfsmatige gebruiker en de aansprakelijkheidsgronden (zoals de ‘gebrekigheid’ en ‘eigen energie’) zich in dezelfde artikelen hebben bevonden.

49 Dit geldt ook voor de ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter ‘inwisselbaar’ is. Zie par. 3.5.2.

50 Toch is ook hier de woordkeuze van de Hoge Raad niet helemaal gelukkig: vermoedelijk doelt de Hoge Raad met de term ‘houder’ op de *detentor* (degene die voor een ander houdt), aangezien de bezitter steeds voor zichzelf houdt (art. 3:107). Zo ook Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 298-299.

gelegen dansvloer. De bar/dancing was volgens de rechtbank gebrekkig in de zin van art. 6:174, omdat het hekwerk onvoldoende valbeveiliging bood. Over de kwalitatief aansprakelijke persoon werd door de rechtbank overwogen dat uit de processtukken niet viel af te leiden dat de aangesproken exploitant van de bar/dancing *bezitter* van de gebrekkige opstal was, maar wel dat zij daarvan als *bedrijfsmatige gebruiker* had te gelden. Bij die stand van zaken liet de rechtbank de vraag naar het bezit van de opstal ex art. 6:174 in het midden en werd de aansprakelijkheid van de exploitant ex art. 6:181 jo. 174 aangenomen.<sup>51</sup> Dat het bezit geen rol speelt in geval van toepasselijkheid van art. 6:181 is met name van belang in gevallen waarin het bezit van de schadeveroorzakende zaak onduidelijk is en niet meer of nog maar moeilijk valt te achterhalen.<sup>52</sup> Een voorbeeld biedt de medewerker van de Dierenambulance die zich tijdelijk ontfermt over een hond – waarvan geen eigenaar bekend was – maar deze op zeker moment weer loslaat op de openbare weg. Kort daarna veroorzaakt de hond een verkeersongeval waarbij een motorrijder is betrokken.<sup>53</sup> De motorrijder heeft vanwege de onbekendheid van de eigenaar (en het mogelijk zelfs ontbreken daarvan) van het schadeveroorzakende dier alle belang bij toepasselijkheid van art. 6:181 jo. 179 op de Dierenambulance. Wanneer de hond ingevolge art. 6:181 in haar risicosfeer zou vallen, kan hij zich een (mogelijk ondoenlijk) onderzoek naar het bezit van de hond in de zin van art. 6:179 besparen.<sup>54</sup>

#### 4.6.3 *Gevalen waarin het bezit en bedrijfsmatige gebruik samenvallen*

Hoewel dit bepaald niet altijd zo hoeft te zijn, zal het in de praktijk regelmatig voorkomen dat de bezitter van de door de art. 6:173, 174, 179 bestreken zaken eveneens kwalificeert als de bedrijfsmatige gebruiker daarvan.<sup>55</sup> Wanneer het bezit en bedrijfsmatige gebruik van zaken zich aldus in dezelfde hand bevinden, is de desbetreffende persoon binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 6:173, 174 en 179 hoe dan ook met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor belast. Wel leidt het huidige wettelijk systeem er dan toe dat deze aansprakelijkheid aanknoopt bij de hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker, *niet* bij die van bezitter. (ook) Wanneer de persoon van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker dezelfde zijn, vindt de aansprakelijkheid zijn grondslag dus niet in art. 6:173, 174, 179 alléén maar in *art. 6:181 jo.* art. 6:173, 174 en 179. In de praktijk wordt echter regelmatig miskend dat wanneer het bezit en bedrijfsmatige gebruik van de zaak samenvallen, de aansprakelijkheid niet is gegrond op het bezit van de zaak maar aanknoopt bij het

51 Wegens eigen onvoorzichtigheid en na toepassing van de billijkheidscorrectie ex art. 6:101 ten gunste van het slachtoffer, had laatstgenoemde volgens de rechtbank recht op vergoeding van 70% van de schade. Opvallend is overigens dat in deze zaak geen (kenbare) aandacht werd besteed aan de voor opstallen geldende tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1. Zie daarover nader par. 7.6.5.1.

52 Vgl. Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3304 (*Botsing met kat*), waarin een bezitter zelfs geheel lijkt te ontbreken.

53 Hof Leeuwarden 19 december 2001, rolnr. 96/00368 (niet gepubl.) (*Dierenambulance*).

54 Het hof meende evenwel dat de Dierenambulance niet als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de hond had te gelden, met een afwijzing van de vordering ex art. 6:181 jo. 179 tot gevolg. Ook werd tevergeefs een vordering ex art. 6:170 tegen de Dierenambulance ingesteld, waarover in cassatie HR 12 september 2003, *JOL* 2003/438 (*Dierenambulance*). Zie over de Dierenambulance en het gebruiksbegrip van art. 6:181 par. 7.8.

55 Denk aan de exploitant die tevens eigenaar van de betreffende ‘bedrijfsmiddelen’ is. Dit ligt anders in geval van bijvoorbeeld huur of lease van zaken die in het kader van de bedrijfsvoering worden aangewend.

bedrijfsmatige gebruik dat daarvan wordt gemaakt. Illustratief is Rb. Rotterdam 17 maart 2004, *NJF* 2004/339 (*Paardrijles*), waarin ‘G’ deelnam aan een paardrijles op manege ‘M’. Nadat G hierbij van een paard was gevallen dat de manege toebehoorde, sprak G de manege tot schadevergoeding ex art. 6:179 en/of art. 6:181 aan. De rechtbank overwoog:

‘Niet in geschil is dat het paard waarop G. heeft gereden eigendom van de manege, derhalve van M. was. Aan de toepasselijkheid van artikel 6:181 BW komt de rechtbank derhalve niet toe. M. zou, indien aan de daarvoor geldende vereisten is voldaan, *reeds op grond van artikel 6:179 BW aansprakelijk* kunnen zijn.’ (curs. AK)

Nu de manege – zo kan worden aangenomen – als bedrijfsmatige gebruiker van het paard in de zin van art. 6:181 had te gelden, had in mijn ogen juist de vraag naar het bezit ex art. 6:179 kunnen blijven rusten. In lijn daarmee was het naar mijn idee in deze kwestie dan zuiverder geweest om aan te nemen dat de aansprakelijkheid van de manege berust op art. 6:181 jo. 179, en niet op art. 6:179 alléén. In Rb. Noord-Nederland 12 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5555 (*Wolvenpark*) draaide het om Oikos BV, die een themapark exploiteerde waarbij het mogelijk was onder begeleiding het verblijf van de aanwezige wolven te betreden. Tijdens een ‘ontmoeting’ met deze wolven werd een aantal bezoekers gebeten, dat Oikos vervolgens aansprakelijk stelde op grond van ‘artikel 6:179 BW in combinatie met artikel 6:181 BW’. De rechtbank overwoog:

‘Oikos was ten tijde van het voorval de bezitster van de wolven. Dat deze wolven in en door het incident schade hebben aangericht is niet betwist. *Als bezitster van deze wolven is Oikos aansprakelijk* voor deze schade, hetgeen evenmin is betwist. (...) Oikos is dan ook gehouden de schade die het gevolg is van de aanval door de wolven te vergoeden.’ (curs. AK)

Oikos was ten tijde van de schadeveroorzaking niet alleen bezitter ex art. 6:179, maar – zo kan worden aangenomen – ook bedrijfsmatige gebruiker van de wolven als bedoeld in art. 6:181. Alsdan koppelt het huidige wettelijk systeem haar kwalitatieve aansprakelijkheid aan de hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker, *niet* aan die van bezitter van de dieren.<sup>56</sup>

#### 4.6.4 Een ruime uitleg van art. 6:181

Aangenomen wordt wel dat de aansprakelijkheid voor dieren van art. 6:181 jo. 179 overeenkomt met ‘voorganger’ art. 1404 OBW, behalve voor wat betreft de aanwijzing van de aansprakelijke persoon.<sup>57</sup> Het gaat dan om de eigenaar of gebruiker in art. 1404 OBW ten opzichte van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker uit

<sup>56</sup> Zie voor andere kwesties waarin deze systematiek niet werd onderkend HR 27 april 2001, NJ 2002/54, m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*); Hof Leeuwarden 22 juni 2010, JA 2010/115 (*X/Politie Regio IJsselland*); Rb. Utrecht 8 augustus 2007, JA 2007/153 (*X/Regiopolitie Utrecht*); Rb. Leeuwarden 1 september 1999, VR 2000/124 (*Val van kameel*); Hof Arnhem 17 februari 2004, NJ 2004/405 (*Val van paard*); Hof Leeuwarden 12 november 2003, VR 2003/183 (*Paardrijles*); HR 23 december 2005, RvdW 2006, 25 (*Steijn/Bongers*); Rb. Roermond 13 augustus 2003, VR 2004/30 (*Kuipstoel*).

<sup>57</sup> Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/248: ‘Het oude wetboek bevatte hieromtrent een bepaling in art. 1404. Als gevolg van de anticiperende rechtspraak van de Hoge Raad stemden de beide regelingen overeen, behalve wat betreft de aanwijzing van de aansprakelijke persoon.’ Zie ook par. 3.3.2.

art. 6:181 jo. 179. Maar zoals gebleken, is er meer: ook de onderlinge hiërarchie tussen de aansprakelijke personen verschilt. Binnen art. 1404 OBW stond de aansprakelijkheid van de gebruiker nadrukkelijk in de schaduw van die van de ‘vooropstaande’ eigenaar. Onder het oude recht werd enkel in uitzonderingsgevallen de aansprakelijkheid voor dieren bij een ander dan de eigenaar, ‘de gebruiker’, gelegd.<sup>58</sup> Zou de ‘gebruikersaansprakelijkheid’ van art. 6:181 in de geest van die uit art. 1404 OBW eveneens een uitzonderingskarakter hebben, dan zou een terughoudende toepassing van art. 6:181 in de rede liggen.<sup>59</sup> Van belang is dan ook de constatering dat de verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 jo. 179 (alsmede art. 6:173 en 174) spiegelbeeldig is aan die van de eigenaar en gebruiker uit art. 1404 OBW: de gebruikersaansprakelijkheid van art. 1404 OBW was bedoeld voor uitzonderingsgevallen, terwijl art. 6:181 in de relatie met de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 juist ‘voorop’ staat. Vanwege dit systeemverschil kan de strenge invulling van de gebruikersaansprakelijkheid uit art. 1404 OBW niet ‘geprojecteerd’ worden op art. 6:181.<sup>60</sup> In dit licht juich ik ook toe dat de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest inmiddels heeft geoordeeld dat voor aansprakelijkheid van de ‘gebruiker’ ex art. 6:181 *niet* ‘de eis [mag] worden gesteld dat hij het dier duurzaam en ten eigen nutte gebruikt.’<sup>61</sup> Dit betreft een afwijking van de invulling van ‘gebruik’ in de zin van art. 1404 OBW, waartoe de Hoge Raad wel eiste dat dit duurzaam en ten eigen nutte was.<sup>62</sup> Waar onder vigeur van art. 1404 OBW terughoudendheid was geboden bij het aannemen van een aansprakelijkheid van de gebruiker, lijkt voor art. 6:181 dus juist een royale toepassing in de rede te liggen. De constatering dat art. 6:181 geen uitzonderingskarakter heeft maar in relatie tot de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 juist ‘voorop’ staat, zal in mijn optiek ‘uitstralen’ op de materiële toepassingsvoorwaarden van deze bepaling: haar kernbegrippen ‘bedrijf’, ‘gebruik’ en ‘in de uitoefening van’ (functioneel verband) komt geen enge maar een ruime uitleg toe.<sup>63</sup>

#### 4.6.5 *Het systeem van de wet als ‘afrondingsfactor’*

Dat art. 6:181 ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 niet ‘slechts’ een uitzonderingskarakter heeft maar daarentegen juist ‘voorop’ staat, kan naar mijn idee in grensgevallen gewicht in de schaal leggen. Bestaat in geval van schadeveroorzaking door een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak twijfel over de te maken keuze tussen een aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker óf bezitter, dan

58 Namelijk indien deze ander op een zodanig duurzame wijze en ten eigen nutte van het dier gebruik maakte en daarvoor/-over ook de zorg en zeggenschap had, dat de positie van de eigenaar werd genaderd. Zie HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*). Zie ook par. 3.3.2 en 7.3.2.

59 Dat in geval van een ‘uitzonderingskarakter’ een terughoudende benadering wordt gevolgd, blijkt uit uiteenlopende rechtspraak van de Hoge Raad op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, zoals HR 27 november 2009, *VR* 2010/69 (*Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid*) over het verhaalsrecht ex art. 83c Zfw; HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*) over proportionele aansprakelijkheid; HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597, m.nt. Hartlief (*TNT Post/Weijnenberg*) en 598 (*De Rooyse Wissel/Hagens*) over de behoorlijke verzekeringsplicht van de werkgever ex art. 7:611; HR 28 november 2014, *NJ* 2015/194 (*Anderzorg/Veenstra en London*) over het subrogatieverbod ex art. 7:962 lid 3. Zie ook CRvB 4 juni 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP2596 (*X/UWV*) over de toekenning van een WAO-uitkering bij arbeidsongeschiktheid zonder een medisch substraat.

60 Wel geldt dat zowel in het oude als nieuwe recht de ‘gebruikersaansprakelijkheid’ ten opzichte van respectievelijk de eigenaar (art. 1404 OBW) en bezitter (art. 6:173, 174 en 179) exclusieve werking had/heeft.

61 *Loretta*-arrest, r.o. 3.3 (slot). Zie nader omtrent de invulling van gebruik in de zin van art. 6:181 hoofdstuk 7.

62 Zie nader par. 3.3.2 en 7.3.2.

63 Zie voor een bespreking van de drie kernbegrippen van art. 6:181 hoofdstuk 6 t/m 8. Zie ook par. 5.5.



kan het systeem van de wet als ‘afrondingsfactor’ ten faveure van de toepassing van art. 6:181 hebben te gelden. Ter illustratie wijs ik op Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard en bezitter*). Een particuliere bezitter van een jong paard wilde dit dier zelf trainen en africhten (‘beleren’). Omdat zijzelf geen ervaring had met het rijden op en trainen van paarden, bracht de bezitter haar dier onder bij een manege. Op deze manege nam zij tegen betaling lessen, in die zin dat zij onder instructie en begeleiding van de manege op haar eigen paard reed. Toen de betreffende instructeur de bezitter op zeker moment een bepaalde vorm van longeren wilde tonen, trapte het paard plotseling naar voren en raakte daarbij de instructeur. Deze sprak daarop de bezitter tot vergoeding van de letselschade aan op grond van art. 6:179. Laatstgenoemde verweerde zich met de stelling dat het paard ten tijde van het ongeval door de manege bedrijfsmatig werd gebruikt in de zin van art. 6:181, zodat niet op haar als bezitter maar op de manege zélf de kwalitatieve aansprakelijkheid rustte. De rechtbank oordeelde dat de situatie afweek van die in HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*), waarin in een geval van het ‘beleren’ van een paard de manege inderdaad als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 had te gelden. De rechtbank overwoog dat in de *Loretta*-zaak de bezitter het beleren van zijn paard volledig had uitbesteed aan de manege, terwijl in de voorliggende zaak de bezitter het beleren zélf wilde doen waarbij zij samen met haar paard lessen kreeg van de manege. Omdat aldus ‘de bemoeienis’ van de manege met het paard in de voorliggende zaak ‘aanmerkelijk minder vergaand’ was dan die van de manege in de *Loretta*-zaak, viel de manege in de voorliggende zaak volgens de rechtbank niet als bedrijfsmatige gebruiker van het paard ex art. 6:181 aan te merken. Daarmee rustte volgens de rechtbank de kwalitatieve aansprakelijkheid op de in art. 6:179 bedoelde bezitter van het dier.

In mijn annotatie van deze uitspraak heb ik er al op gewezen dat deze uitkomst niet vanzelfsprekend is.<sup>64</sup> Zo is het toepassingsbereik van art. 6:181 ruim en vormt ‘zeggenschap’ – wie heeft de grootste mate van invloed op en controle over de aan de zaak of het dier verbonden risico’s? – een belangrijk aanknopingspunt voor deze aansprakelijkheid. De rechtbank zit ook op dit spoor door te overwegen dat ‘de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest een “tamelijk ruime uitleg” aan art. 6:181 heeft gegeven’ en bovendien betekenis toe te kennen aan de mate van ‘bemoeienis’ van de manege met het paard. Deze kwestie is mijns inziens als grensgeval aan te merken: zowel de manege als de bezitter had een zekere ‘bemoeienis’ met het schadeveroorzakende paard. Op wie van beiden behoort nu de keuze te vallen als kwalitatief aansprakelijke persoon? Hier zou een wetssystematisch argument als ‘afrondingsfactor’ de doorslag kunnen geven. Nu in het stelsel van art. 6:181 jo. 179 (alsmede art. 6:173 en 174) de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat en die van de bezitter slechts fungeert als ‘vangnet’, meen ik dat bij gereede twijfel de voorkeur moet uitgaan naar het geven van toepassing aan art. 6:181. Anders gezegd, in grensgevallen gaat van art. 6:181 een ‘absorberende’ werking uit.

---

64 Kolder, *JA* 2014/59.

Ter nadere adstructie wijs ik op de visie van P-G Langemeijer, die in zijn conclusie voor het *Ingeschaarde vaars*-arrest inging op de keuze waarvoor art. 1404 OBW de rechtspraktijk stelde in geval van schadeveroorzaking door dieren: een aansprakelijkheid van hetzij de eigenaar, hetzij de gebruiker.<sup>65</sup> In deze zaak ontsnapte een kalf uit een weiland, liep de openbare weg op en veroorzaakte een verkeersongeval. De eigenaar van het kalf had zijn dier tegen betaling 'ingeschaard' in het weiland van een ander.<sup>66</sup> Doel van de inscharing was een waardevermeerdering van het dier ten bate van de eigenaar. De discussie spitte zich toe op de vraag of de aansprakelijkheid voor de door de ingeschaarde vaars aangericht schade ex art. 1404 OBW nu op de eigenaar óf de inschaarder (als 'gebruiker') behoorde te rusten. Daarbij werd ook het destijds inmiddels verschenen ontwerp-artikel 6.3.11 O.M. betrokken, de vroege voorloper van het huidige art. 6:179. Art. 6.3.11 O.M. deed de aansprakelijkheid nog rusten op degene die het dier *onderhoudt*. Lid 3 van art. 6.3.11 O.M. bepaalde daarbij dat de eigenaar wordt vermoed 'de onderhouder' van het dier te zijn.<sup>67</sup> Langemeijer wees erop dat bij de inscharingsovereenkomst, waarbij de inschaarder tegen vergoeding van de eigenaar levensonderhoud aan het dier verstrekt, twijfelachtig is van wie gezegd moet worden het dier te 'onderhouden'. Waar de toelichting op het ontwerp-art. 6.3.11 O.M. zijns inziens geen duidelijkheid gaf, wees Langemeijer ten aanzien van de niettemin binnen art. 1404 OBW te maken keuze voor de eigenaar óf gebruiker erop:

'dat de omstandigheid, dat het ontwerp een vermoeden opstelt dat het de eigenaar is die het dier onderhoudt, in een twijfelachtig geval tot een beslissing in diens nadeel zal kunnen leiden.'

Dat de wetgever de eigenaar als de 'in beginsel' aansprakelijke persoon ziet, kan volgens Langemeijer dus een zeker gewicht in de schaal leggen, en wel in die zin dat in een grensgeval het voor de hand ligt voor *die* persoon als aansprakelijke te kiezen. De Hoge Raad oordeelde in het *Ingeschaarde vaars*-arrest uiteindelijk ook dat de inschaarder niet viel aan te merken als 'gebruiker' van het dier ex art. 1404 OBW, waarmee de eigenaar in dit (grens)geval inderdaad als aansprakelijke had te gelden.

Ook Brunner heeft al betoogd dat bij de beoefening van het aansprakelijkheidsrecht betekenis kan toekomen aan wat nu als 'beginsel' of 'uitgangspunt' heeft te gelden. Zo meende hij ten aanzien van 'samenloop' dat wanneer *twijfel* blijft bestaan over de al dan niet toepasselijke rechtsregel(s), in het voorkomende geval op grond van 'het beginsel van cumulatie' exclusiviteit van de in aanmerking komende regelingen moet worden verworpen.<sup>68</sup> De vraag naar de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 enerzijds en anderzijds de bezitter in art. 6:173, 174 en 179 is zoals reeds gezegd ook als een vraag van

65 Conclusie voor HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*).

66 'Inscharing' betekent als reeds gezegd dat men vee in een gemeenschappelijke weide of, in dit geval, in andermans weide doet grazen.

67 Parl. gesch. Boek 6, p. 761, 764.

68 Brunner 1984, p. 13.

samenloop te beschouwen.<sup>69</sup> Dat art. 6:181 ten opzichte van dit drietal artikelen exclusieve werking heeft, is echter niet twijfelachtig. Afgaande op de visie van Brunner kan mijns inziens echter ook bij binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 te maken keuzes qua aansprakelijke persoon betekenis toekomen aan wat als uitgangspunt heeft te gelden. Houden in een concreet geval de argumenten pro en contra aansprakelijkheid van de één (bedrijfsmatige gebruiker) óf de ander (bezitter) elkaar goeddeels in evenwicht, dan zal het systeem van de wet in die zin dienst doen als ‘afrondingsfactor’ dat de keuze valt op de toepasselijkheid van art. 6:181.<sup>70</sup> In het huidige systeem heeft namelijk nu eenmaal niet de bezitter maar de bedrijfsmatige gebruiker als de ‘in beginsel’ aansprakelijke te gelden. Oftewel, bij twijfel kiezen voor het wettelijk uitgangspunt.

#### 4.6.6 De stelplicht en bewijslast

##### 4.6.6.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

De hiervoor verdedigde verhoudingen binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 6:173, 174 en 179 kunnen ook van betekenis zijn op het gebied van de stelplicht en bewijslast. Wanneer in geval van schadeveroorzaking door een zaak de daarbij betrokken verhoudingen of feitelijke gang van zaken niet meer of nog maar moeilijk te achterhalen zijn/is, kan de bewijslastverdeling van beslissend belang zijn voor de uitkomst van de zaak. In Rb. Zeeland-West-Brabant 9 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:2504 en 9 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4642 (*Paard Dika*) betrof het een benadeelde die tijdens een paardrijles bij een ruitersportcentrum van een paard viel en letsel opliep.<sup>71</sup> Bekend was dat het betreffende paard Dika in eigendom toebehoorde aan een derde. De benadeelde sprak stichting Caprice als bedrijfsmatige gebruiker van het paard aan ex art. 6:181. Caprice betwistte echter ten tijde van het ongeval de bedrijfsmatige gebruiker van het paard te zijn geweest. Daartoe voerde zij aan ten tijde van het ongeval – kort daarvoor was de eerdere exploitant vertrokken – nog niet met haar bedrijfsvoering in de betreffende manege te zijn gestart. Ook gaf Caprice aan zelf geen rijlessen te verzorgen maar louter paarden te stallen en voor paardrijlessen beschikbaar te stellen aan instructeurs, die daarmee dan op zelfstandige basis lessen gaven. Het ongeval vond volgens Caprice plaats tijdens een les van een van deze instructeurs. Omdat het de rechtbank al met al niet duidelijk was wie ten tijde van het ongeval verantwoordelijk was voor de aan de benadeelde gegeven paardrijles waarbij het ongeval zich had voorgedaan, werd *de benadeelde* als eisende partij opgedragen:

‘feiten en omstandigheden [te bewijzen], waaruit kan worden afgeleid dat op de maandagavond in november 2003 zij op (het paard) Dika reed, Dika door Caprice werd gebruikt in de uitoefening van haar bedrijf.’

<sup>69</sup> Zie par. 3.2 en 3.3.

<sup>70</sup> Een ander voorbeeld van een ‘afrondingsfactor’ op het gebied van kwalitatieve aansprakelijkheid is te vinden in de conclusie van A-G Spier sub 4.4.2 voor het *Hangmat*-arrest, waarin hij ter bepaling van het beschermingsbereik van art. 6:174 de almaar afbrokkelende sociale zekerheid in de afweging betrof: ‘Zeker als “afrondingsfactor”, te weten wanneer de argumenten pro en contra elkaar goeddeels in evenwicht houden, zou het van beslissende betekenis kunnen zijn.’

<sup>71</sup> Zie voor het hoger beroep Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 en 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5604 (*Paard Dika*) en mijn bespreking daarvan in par. 3.4.

Na het horen van diverse getuigen was de onduidelijkheid volgens de rechtbank nog altijd niet weggenomen. Zij oordeelde dat de benadeelde niet het bewijs had geleverd van haar stelling dat Caprice ten tijde van het ongeval bedrijfsmatige gebruiker was van paard Dika en wees de tegen haar op grond van art. 6:181 jo. 179 ingestelde vordering af.

In deze zaak viel het doek over de vordering omdat de benadeelde als eiser het verweer van Caprice, inhoudende dat zij ten tijde van het ongeval *geen* bedrijfsmatige gebruiker van het schadeveroorzakende paard was, onvoldoende gemotiveerd had bestreden. Onder het oude recht zou de uitkomst een andere zijn geweest. Op voet van art. 1404 OBW kon de benadeelde immers steeds volstaan met het aanspreken van de eigenaar van het schadeveroorzakende dier. Het was vervolgens aan hem zonnodig aan te tonen dat ten tijde van de schadeveroorzaking een ander als ‘gebruiker’ van zijn dier had te gelden. De bewijslast – en daarmee het bewijsrisico – van ‘gebruik’ door een ander lag op grond van art. 1404 OBW derhalve bij de aangesproken eigenaar. Zou dit systeem ook gevolgd worden bij art. 6:181 jo. 179 (alsmede art. 6:173 en 174), dan zou dat de benadeelde in de *Dika*-zaak vermoedelijk uitkomst geboden hebben. In deze zaak bestond namelijk discussie over wie op het moment van de schadeveroorzaking als bedrijfsmatige gebruiker van het paard ex art. 6:181 had te gelden, maar was wél bekend wie daarvan ten tijde van het ongeval de in art. 6:179 bedoelde bezitter was. De onduidelijkheid omtrent het (eventuele) bedrijfsmatige gebruik van het paard door een ander zou dan niet voor risico van de benadeelde maar van de aangesproken bezitter zijn gekomen.

Bezien we het huidige recht, dan valt te constateren dat de wisselwerking tussen de op grond van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 aansprakelijke personen een wezenlijk andere is dan die tussen de ingevolge art. 1404 OBW aansprakelijke personen. Het bewijsregime van art. 1404 OBW is dan ook niet automatisch te projecteren op het stelsel van art. 6:181 jo. 179 (alsmede art. 6:173 en 174). Van belang is dat de verdeling van de bewijslast nauw verwant is met de toepasselijke materiële rechtsregels die het geschil beheersen. Daaruit vloeit namelijk voort welke feiten en rechten moeten worden gesteld en – indien betwist – bewezen ten grondslag van de vordering of het verweer daartegen.<sup>72</sup> Relevant is voorts dat ter beantwoording van de vraag welke partij de bewijslast en het bewijsrisico draagt, een belangrijke rol is weggelegd voor de classificatie van het verweer van de aangesprokene. Wanneer door deze sprake is van een betwisting van de feiten die de eiser aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, is sprake van een zogeheten *bestrijdend* verweer. Het is dan niet aan de aangesprokene de feiten te bewijzen die zij stelt ter motivering van haar verweer, maar ingevolge art. 150 Rv rust de bewijslast op de eiser die zich beroept op rechtsgevolgen van de door hem gestelde feiten. Wanneer evenwel geen sprake is van een betwisting van de door eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten maar de aangesprokene zich afgezien daarvan beroept op feiten die het rechtsgevolg meebrengen dat – ondanks de eventuele juistheid van het door eiser gestelde feitencomplex – diens vordering niet kan

---

<sup>72</sup> Asser Procesrecht/Asser 3 2013/287. Zie ook A-G Langemeijer in zijn conclusie sub 2.3 (met verwijzingen) voor HR 7 december 2012, *RvdW* 2013/7 (*Onttrekkingen aan boedel*).

worden toegewezen, is sprake van een zogeheten *bevrijdend* verweer.<sup>73</sup> Alsdan rust ingevolge art. 150 Rv op de aangesprokene (wél) de bewijslast van de feiten die hij aan dit verweer ten grondslag legt.<sup>74</sup> Ook valt nog op te merken dat de wetgever door het gebruik van tenzij-formuleringen doorgaans een bepaalde bewijslast beoogt: de hoofdzin in een wetsbepaling geeft de ‘hoofdregel’ waarbij de bewijslast op de eiser rust, terwijl de met een woord als ‘tenzij’ ingeleide bijzin de ‘uitzondering’ of ‘ontsnappingsclausule’ bevat waarbij de bewijslast op de verweerder rust.<sup>75</sup>

#### 4.6.6.2 DE MATERIËLE RECHTSREGEL BINNEN ART. 6:181 JO. 173, 174 EN 179

Gezien het vorenstaande is van belang wat als materiële rechtsregel op het gebied van de in afd. 6.3.2 BW geregelde aansprakelijkheid voor roerende zaken, opstallen en dieren heeft te gelden. In de doctrine en rechtspraak wordt als gezegd wel aangenomen dat deze neerkomt op ‘de bezitter is aansprakelijk, *tenzij* sprake is van bedrijfsmatig gebruik door een ander’. In deze constellatie komt het verweer van een op voet van art. 6:173, 174 en 179 aangesproken bezitter, inhoudende dat een ander als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 heeft te gelden, neer op een bevrijdend (‘ja, maar’-)verweer. De bezitter bestrijdt immers niet de door de eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten – in het bijzonder niet dat hij bezitter is –, maar roept een rechtsregel in (art. 6:181) die aan bepaalde feiten het rechtsgevolg verbindt dat, ondanks de eventuele juistheid van het door de eiser gestelde feitencomplex, diens vordering niet kan worden toegewezen. Daarmee zou de bezitter ingevolge art. 150 Rv de bewijslast dragen van de feiten en omstandigheden die hij aan dit verweer (een beroep op art. 6:181) ten grondslag legt. Uitgaan van de materiële rechtsregel ‘de bezitter is aansprakelijk, *tenzij*’ houdt bovendien in dat de aansprakelijkheid van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 als ‘hoofdregel’ of ‘uitgangspunt’ is aan te merken, waarop die van de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 een ‘uitzondering’ vormt. Ook zo beschouwd komt een verwijzing van de aangesproken bezitter naar een ander als bedrijfsmatige gebruiker neer op een bevrijdend verweer, namelijk een beroep op de ‘uitzondering’ c.q. ‘ontsnappingsclausule’ in de vorm van art. 6:181.<sup>76</sup> Onduidelijkheid over het ten tijde van de schadeveroorzaking wel of niet ex art. 6:181 bedrijfsmatig gebruiken van de zaak door een ander dan de bezitter zou daarmee niet voor risico van de benadeelde, maar – in het spoor van art. 1404 OBW – voor risico van de op voet van art. 6:173, 174 of 179 aangesproken bezitter komen. Sprekend is het door Van Swaaij en Pluymen gegeven voorbeeld van een automobilist die op een provinciale weg wordt geconfronteerd met een plotseling overstekend paard, daarvoor moet uitwijken en tegen een boom botst. Langs de weg staan een manege alsook de

73 Dit type verweren wordt ook wel het ‘ja, maar’-verweer genoemd, ter onderscheiding van een ‘nee, want’-verweer dat als een bestrijdend verweer wordt aangemerkt. Zie bijvoorbeeld HR 17 maart 2017, *RvdW* 2017/372 (*Lekkende kelder*).

74 Zie voor een en ander Asser Procesrecht/Asser 3 2013/57, 282 en 289; Rutgers en Krans 2014, p. 44-47; Thoe Schwartzberg 2013, p. 80-94.

75 Vgl. Thoe Schwartzberg 2013, p. 76, 88-89, die aangeeft dat de bewijslast rust op degene ten behoeve van wie de uitzondering is gemaakt. Zie zodoende op het gebied van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken bijvoorbeeld de tenzij-clausules van art. 6:173, 174 en 179, alsook die van art. 6:181 lid 1. Vgl. ook HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.1 (slot).

76 Zo ook Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 302.

boerderij waar de bezitter van het dier woont. De door de benadeelde ex art. 6:179 aangesproken bezitter verweert zich met de stelling dat de manege ten tijde van het uitbreken van het paard als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 daarvan had te gelden, zodat de aansprakelijkheid van art. 6:179 niet op hem als bezitter maar op de manege rust.<sup>77</sup> Dit verweer is uitgaande van ‘de bezitter is aansprakelijk, *tenzij*’ aan te merken als een bevrijdend verweer ter zake waarvan de bezitter de bewijslast draagt.

Ik meen echter dat uit het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 een andere materiële rechtsregel volgt dan ‘de bezitter is aansprakelijk, *tenzij*’. De relevante rechtsregel luidt mijns inziens ‘de bedrijfsmatige gebruiker is aansprakelijk, bij gebreke waarvan de aansprakelijkheid rust op de bezitter’. Niet de aansprakelijkheid van de bezitter, maar die van de bedrijfsmatige gebruiker staat ‘voorop’. Pas als er geen bedrijfsmatige gebruiker valt aan te wijzen, rust de aansprakelijkheid ‘als vangnet’ op de bezitter. In geval van schade door een zaak of dier moeten de art. 6:173, 174 en 179 in eerste instantie dan ook niet ‘alleen’ worden gelezen, maar altijd in relatie met art. 6:181. Wanneer in het concrete geval bij de bezitter als aansprakelijke persoon wordt uitgekomen, impliceert het materiële recht dat ten tijde van de schadeveroorzaking van bedrijfsmatig gebruik door een ander ex art. 6:181 geen sprake was. Van de feiten en omstandigheden die een benadeelde aan zijn vordering tegen de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter ten grondslag legt, behoort derhalve deel uit te maken dat art. 6:181 in de gegeven omstandigheden *geen* toepassing vindt. Wanneer de aangesproken bezitter bedoelde feiten en omstandigheden bestrijdt, rust de bewijslast ingevolge art. 150 Rv daarvan op de benadeelde.

#### 4.6.6.3 PRAKTISCHE UITWERKING

Voor aansprakelijkheid van de op voet van art. 6:173, 174 en 179 aangesproken bezitter is zodoende in beginsel vereist dat de benadeelde stelt en – bij betwisting – bewijst i) dat aan de materiële toepassingsvoorwaarden van art. 6:173, 174 of 179 ter vestiging van aansprakelijkheid is voldaan,<sup>78</sup> ii) dat ten tijde van de schadeveroorzaking *geen* sprake was van bedrijfsmatig gebruik van de zaak in de zin van art. 6:181, en iii) dat de aangesprokene op dat moment de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde bezitter van die zaak was. De aangesproken bezitter kan in beginsel ermee volstaan de toepasselijkheid van deze cumulatieve voorwaarden voor zijn aansprakelijkheid te betwisten. Is daarvan sprake, dan betreft dit een bestrijdend – en niet een bevrijdend – verweer. De benadeelde die de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter aansprakelijk acht, draagt derhalve mede de bewijslast van het feit dat art. 6:181 in de gegeven omstandigheden *niet* toepasselijk is (en de ‘vangnet-functie’ van de bezitter opgeld doet).

<sup>77</sup> Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 302.

<sup>78</sup> Ik doel in het bijzonder op een ‘gebrek’ in een zaak als bedoeld in art. 6:173/174 en de ‘eigen energie’ van een dier als bedoeld in art. 6:179, alsmede dat de schade dáárdoor is ontstaan. Zie voor art. 6:174 (en indirect ook art. 6:173) HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*) en voor art. 1404 OBW/6:179 HR 23 februari 1990, *NJ* 1990/365 (*Zengerle/Blezer*). Vgl. ook art. 6:188 met betrekking tot de productenaansprakelijkheid uit afd. 6.3.3 BW.

Hierbij sluit aan dat in de uit het systeem van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 te destilleren materiële rechtsregel de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker *niet* als ‘uitzondering’ heeft te gelden, maar in relatie tot de bezittersaansprakelijkheid de ‘primaire’ aansprakelijkheid betreft. Het is de aansprakelijkheid van de bezitter die in feite als ‘uitzondering’ fungeert, die van de bedrijfsmatige gebruiker als ‘hoofdregeel’. Wanneer de benadeelde in afwijking van deze hoofdregel de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde bezitter aansprakelijk acht, is het de benadeelde – en niet de bezitter – die zich op de ‘uitzondering’ beroept en daarvan dan ook de bewijslast draagt.

In het zojuist gegeven voorbeeld van een plotseling op een provinciale weg overstekend paard geldt gezien dit vorenstaande dus *niet* dat de benadeelde – in het spoor van art. 1404 OBW – ermee kan volstaan in eerste instantie ‘eenvoudigweg’ de bezitter aan te spreken, waarna het zonodig aan deze laatste is te bewijzen dat een ander ten tijde van de schadeveroorzaking het paard bedrijfsmatig gebruikte. Ik wijs ook op de *Loretta*-zaak waarin door (de ouders van) de gelaedeerde Marloes de pijlen werden gericht op Van de Water als bezitter van het dier, niet (tevens) op het manegebedrijf waar het paard ter belering was ondergebracht. De aangesproken bezitter verweerde zich met de stelling dat ingevolge art. 6:181 niet hij maar de manege de kwalitatief aansprakelijke was. Het was bij die stand van zaken mijns inziens aan de benadeelde te bewijzen dat art. 6:181 *niet* voor toepassing in aanmerking kwam. Hierin slaagde Marloes overigens niet, met een afwijzing van de door haar op voet van art. 6:179 tegen de bezitter ingestelde vordering tot gevolg.

Verweert de aangesproken bezitter zich niet door te verwijzen naar een ander als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 maar met de stelling ten tijde van de schadeveroorzaking geen bezitter van de zaak te zijn geweest, dan betreft dit eveneens een bestrijdend verweer. Het gaat immers eveneens om een betwisting van feiten die benodigd zijn voor de benadeelde om aan zijn vordering ten grondslag te leggen. Ingevolge art. 150 Rv is het dan aan de benadeelde te bewijzen dat de aangesprokene op het moment van de schadeveroorzaking weldegelijk de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde bezitter was.<sup>79</sup>

Acht de benadeelde, zoals in de hiervoor besproken *Dika*-zaak, niet de bezitter maar een ander als *bedrijfsmatige gebruiker* van een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak op voet van art. 6:181 aansprakelijk, dan geldt het volgende. Verweert de op voet van art. 6:181 aangesprokene zich met de stelling ten tijde van de schadeveroorzaking *geen* bedrijfsmatige gebruiker van de betreffende zaak te zijn geweest, dan betreft dit een bestrijdend verweer. Het verweer ziet immers op feiten en omstandigheden betreffende de rechtsgrond (art. 6:181) waarop de benadeelde zich jegens de verweerder baseert. De benadeelde draagt ingevolge art. 150 Rv de bewijslast dat met betrekking tot de aangesprokene (wél) aan het in art. 6:181 omschreven feitencomplex is voldaan. Hier kan ook nog erop worden worden dat art. 6:181 ten opzichte van de bezittersaansprakelijkheden uit art. 6:173, 174 en 179 in mijn ogen is vormgegeven als ‘hoofdregeel’ en niet als

---

79 Illustratief is Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3304 (*Botsing met kat*).

‘uitzondering’. De bewijslast betreffende de toepassing van een ‘hoofdregel’ rust zoals gezegd gebruikelijkerwijs in beginsel op de eiser. De door de rechtbank in de zojuist aangehaalde *Dika*-zaak (par. 4.6.6.1) aan de benadeelde gegeven bewijsopdracht met betrekking tot het (beweerde) bedrijfsmatige gebruik door manege Caprice acht ik derhalve juist.

Verweert de ex art. 6:181 aangesprokene zich niet door te bestrijden ten tijde van de schadeveroorzaking bedrijfsmatige gebruiker van de zaak te zijn geweest maar door te verwijzen naar een ander als bezitter in de zin van art. 6:173, 174 of 179, dan geldt dat dit geen steekhoudend verweer betreft. Voor de toepassing van art. 6:181 doet namelijk niet terzake wie de ‘achterliggende’ bezitter is, zo is inmiddels ook uitgemaakt in het *Loretta*-arrest. Bij een vordering tegen een in art. 6:181 bedoelde (vermeende) bedrijfsmatige gebruiker kan de vraag naar – en eventuele discussie over – het bezit derhalve in het midden worden gelaten.<sup>80</sup>

#### 4.6.6.4 ‘BIJZONDERE’ PERSONEN

Bezien we nog de ‘bijzondere’ personen uit afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW waarop een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken kan rusten, dan geldt het volgende. Ten eerste is er een aantal ‘bijzondere’ personen waarvoor de bezitter ‘inwisselbaar’ is, te weten de erfpachter (art. 6:174 lid 2, eerste zin), medebezitter (art. 6:180 lid 1), verkrijger onder opschortende voorwaarde (art. 6:180 lid 2), alsmede de ouder/voogd (art. 6:183 lid 2).<sup>81</sup> Deze treden wanneer daartoe aanleiding bestaat *in de plaats van* de bezitter. Voor hen geldt in relatie tot art. 6:181 op het gebied van de bewijslastverdeling hetzelfde als hetgeen in de vorige paragraaf omtrent de bewijspositie van de bezitter is opgemerkt: de benadeelde die in plaats van de bezitter een ‘bijzondere’ persoon aansprakelijk acht, draagt de bewijslast van het feit dat art. 6:181 *niet* toepasselijk is, terwijl een betwisting daarvan door de ‘bijzondere’ persoon een bestrijdend verweer oplevert.

Verwijst een aangesproken ‘bijzondere’ persoon ter verweer naar de bezitter, dan geldt dat dit geen steekhoudend verweer betreft: indien de benadeelde weet te bewijzen dat de aangesprokene ten tijde van de schadeveroorzaking inderdaad kwalificeerde als de betreffende ‘bijzondere’ persoon, dan doet vanwege de exclusieve werking van diens aansprakelijkheid ten opzichte van die van de bezitter niet (meer) terzake wie ten tijde van de schadeveroorzaking het bezit van de zaak had.

Verweert een op voet van art. 6:173, 174 of 179 aangesproken bezitter zich door te verwijzen naar een van de voornoemde ‘bijzondere’ personen, dan komt dat mijns inziens neer op een bestrijdend verweer. De aansprakelijkheid van de ‘bijzondere’ persoon heeft immers exclusieve werking ten opzichte van die van

80 Zie par. 4.6.2. Zie wel par. 6.7 en 7.8.5, waarin wordt betoogd dat niet uitgesloten kan worden dat ter toepassing van art. 6:181 in grensgevallen betekenis kan toekomen aan het feit op wie de aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 en 179 rust wanneer art. 6:181 *niet* zou worden toegepast. Is dit een particulier dan zou dat voor een ruime uitleg van c.q. ‘afronding’ richting toepasselijkheid van art. 6:181 kunnen pleiten; betreft dit een professional, dan is een ruime uitleg van toepasselijkheid van art. 6:181 minder dringend.

81 Zie par. 3.5.2.



de bezitter, zodat een aansprakelijkheid van de bezitter in het huidige materiële recht impliceert dat ten tijde van de schadeveroorzaking geen ‘bijzondere’ persoon als voornoemd valt aan te wijzen. Daarmee behoort dit laatste onderdeel uit te maken van de grondslag van een door de benadeelde tegen de bezitter ingestelde vordering, en kwalificeert een betwisting daarvan derhalve als bestrijdend verweer. Dat de te formuleren materiële rechtsregel wel luidt dat – bij gebreke van een bedrijfsmatige gebruiker – de bezitter aansprakelijk is (‘hoofdregel’), *tenzij* een ‘bijzondere’ persoon valt aan te wijzen (‘uitzondering’), maakt dit in mijn ogen niet anders.<sup>82</sup>

Voor de ‘bijzondere personen’ als de weg-, waterstaatswerk-, leiding- en kabel-beheerder (art. 6:174 lid 2, tweede zin) geldt dat deze geheel ‘los’ van het systeem van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 hun beslag krijgen.<sup>83</sup> Hier doen zich dan ook geen specifiek met dat systeem samenhangende vragen van bewijslastverdeling voor.

Voor de ‘bijzondere’ persoon van de exploitant van een ondergronds werk (art. 6:174 lid 3)<sup>84</sup> geldt in relatie tot de bezitter (art. 6:174 lid 1) op het punt van de bewijslastverdeling mijns inziens het volgende. Art. 6:174 lid 3 heeft ten opzichte van de bezitter uit art. 6:174 lid 1 exclusieve werking, zodat een aansprakelijkheid van de bezitter het ontbreken van een bedrijfsmatige gebruiker als bedoeld in art. 6:174 lid 3 impliceert. Daarmee behoort dit ‘ontbreken’ tot de grondslag van een tegen de bezitter van een ondergronds werk ex art. 6:174 lid 1 ingestelde vordering. Het verweer van de bezitter dat neerkomt op een verwijzing naar de exploitant uit art. 6:174 lid 3 betreft zodoende een bestrijdend verweer. De benadeelde die de bezitter aanspreekt draagt de bewijslast van de niet-toepasselijkheid van deze laatste bepaling. Overigens fungeert de aansprakelijkheid van *de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:174 lid 3* ook hier als ‘hoofdregel’ en die van de bezitter uit art. 6:174 lid 1 als ‘vangnet’ c.q. ‘uitzondering’. Op het punt van de bewijslastverdeling geldt dan ook hetzelfde mechanisme als ten aanzien van de bezitter uit art. 6:174 lid 1 en *de bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181* van bovengrondse opstallen heeft te gelden. Wordt een persoon als (vermeende) exploitant op grond van art. 6:174 lid 3 aangesproken en betwist deze de in deze bepaling bedoelde bedrijfsmatige gebruiker te zijn, dan betreft dit een bestrijdend verweer: het verweer ziet op feiten en omstandigheden waarop de benadeelde zich jegens de aangesprokene baseert. De benadeelde draagt ingevolge art. 150 Rv de bewijslast van de door hem gestelde feiten waaruit in het gegeven geval de toepasselijkheid van art. 6:174 lid 3 zou moeten volgen.

Tot slot valt de ‘bijzondere’ persoon van de producent (afd. 6.3.3 BW) te noemen.<sup>85</sup> Voor gevallen waarin een gebrekkige zaak (afd. 6.3.2 BW) tevens als gebrekkig product (afd. 6.3.3 BW) valt aan te merken, heeft de wetgever specifieke regels van bewijslastverdeling gesteld. Spreekt de benadeelde de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van een in art. 6:173 bedoelde gebrekkige roerende zaak

82 Voor art. 1404 OBW gold dat een aansprakelijkheid van de eigenaar impliceerde dat er geen ‘gebruiker’ van het schadeveroorzakende dier viel aan te wijzen. Het verweer van de aangesproken eigenaar dat een ander gebruiker van zijn dier was, kwalificeerde zodoende als bestrijdend verweer. Toch werd in HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*) de bewijslast van het ‘gebruik’ door een ander bij de eigenaar van het dier gelegd.

83 Zie par. 3.5.1.

84 Zie eveneens par. 3.5.1.

85 Zie par. 3.5.3.

aan en deze verwijst ter verweer naar de producent daarvan, dan wordt wel aangenomen dat het gelet op art. 6:173 lid 2 sub a aan *de benadeelde* is te bewijzen dat geen sprake is van een ‘productiegebrek’ (lees: dat het gebrek in de zaak nog niet bestond op het moment waarop deze door de producent in het verkeer werd gebracht) en aldus niet afd. 6.3.3 BW maar afd. 6.3.2 BW toepasselijk is.<sup>86</sup> Dit sluit aan bij het feit dat in geval van schade door een in art. 6:173 en 181 bedoelde gebrekkige zaak die tevens als gebrekkig product in de zin van afd. 6.3.3 BW kwalificeert, de regeling van productenaansprakelijkheid als ‘hoofdregeel’ heeft te gelden en die van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker als het ‘vangnet’ c.q. de ‘uitzondering’. Toepassing willen geven aan art. 6:173/181 impliceert derhalve dat afd. 6.3.3 BW toepassing mist, zodat een betwisting van dit laatste een bestrijdend verweer van de op voet van art. 6:173/181 aangesprokene inhoudt. Anderzijds valt er ook wel wat voor te zeggen om, nu de tenzij-formulering in art. 6:173 lid 2 (sub a) een uitzondering c.q. ontsnappingsclausule is ten behoeve van de ex art. 6:173/181 aangesproken bezitter of bedrijfsmatige gebruiker, de bewijslast betreffende de toepassing daarvan ook bij hen – en niet bij de benadeelde – te leggen.<sup>87</sup>

Richt de benadeelde zijn vordering tot de producent en verweert deze zich door te verwijzen naar de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 of 181, dan is het ingevolge art. 6:185 lid 1 aanhef en sub b aan *de producent* te bewijzen dat van een ‘productiegebrek’ geen sprake is.<sup>88</sup> De wetgever heeft dit feit (als ook de overige in art. 6:185 lid 1 genoemde omstandigheden die de producent van aansprakelijkheid bevrijden) door middel van een tenzij-formulering in art. 6:185 nadrukkelijk als ‘uitzondering’ op de aansprakelijkheid van de producent c.q. als ‘ontsnappingsclausule’ ten behoeve van hem geredigeerd waarvan hij ook de bewijslast draagt.<sup>89</sup>

#### 4.6.6.5 VERZWAARDE STELPLICHT

Bij al het vorenstaande valt aan te tekenen dat ten aanzien van de toepassing van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 uiteraard kan gelden dat voor een aangesproken partij ten opzichte van de eiser een verzwaarde motiveringsplicht – ook wel verzwaarde stelplicht genoemd – geldt betreffende feiten en omstandigheden die ‘meer in haar sfeer’ liggen dan in die van de eiser. Het kan gaan om relevante aspecten waarover de aangesprokene zich naar de aard der zaak makkelijk(er) kan uitlaten omdat deze daartoe nu eenmaal over wetenschap en/of gegevens beschikt die van belang zijn voor de beoordeling van de ingestelde vordering. Een en ander op straffe van een omkering van de bewijslast, een bewijsvermoeden of het als onvoldoende betwist als vaststaand aannemen van de stellingen van de eiser.<sup>90</sup>

86 Spier e.a. 2015, p. 109; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/228. Zie ook Rb. Roermond 13 augustus 2003, *VR* 2004/30 (*Kuipstoel*).

87 Vgl. Thoe Schwartzberg 2013, p. 89, die aangeeft dat de bewijslast rust op degene ten behoeve van wie de uitzondering is gemaakt.

88 *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, 6, p. 17. Zie ook HR 24 december 1993, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*).

89 Zie Thoe Schwartzberg 2013, p. 89.

90 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/306; Thoe Schwartzberg 2013, p. 111-120; Rutgers en Krans 2014, p. 65-68. Zie ook par. 3.4 (slot).

#### 4.7 Conclusie en afronding

De in literatuur en rechtspraak wel als vanzelfsprekend aangenomen verhouding tussen de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 ('hoofdregel') en bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181 ('uitzondering') strookt in mijn optiek niet met de bedoeling van de wetgever. Veroorzaakt een roerende zaak, opstal of dier schade, dan dient éérst te worden bezien of art. 6:181 toepasselijk is. Zo ja, dan is de bedrijfsmatige gebruiker dé kwalitatief aansprakelijke. Aan de 'achterliggende' bezitter wordt door de 'voorrangsregel' van art. 6:181 dan niet toegekomen. Pas zodra art. 6:181 niet toepasselijk is, wordt voor wat betreft de aansprakelijke persoon 'teruggevallen' op het vangnet van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179. Alsdan is de bezitter 'als hoofdregel' de aansprakelijke, waarop uitzonderingen mogelijk zijn in de vorm van een aantal 'bijzondere' personen waarvoor de bezitter inwisselbaar is. De verhouding tussen de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter in het huidige recht wijkt af van het stelsel van art. 1404 OBW (dieren), waarin de aansprakelijkheid van de gebruiker de uitzondering vormde en die van de eigenaar de hoofdregel. Dit systeemverschil valt in de kern te verklaren door de achtergrond en strekking van afd. 6.3.2 BW, gelegen in het willen bieden van bescherming tegen (nieuwe) 'bedrijfsmatig' gecreëerde gevaren. De analyse van de onderlinge hiërarchie tussen de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter heeft een aantal waardevolle inzichten geboden voor de toepassing van art. 6:181 in het concrete geval, zoals dat in geval van toepasselijkheid van deze bepaling de vraag naar het bezit kan blijven rusten, dat art. 6:181 in beginsel een ruime uitleg toekomt, dat van art. 6:181 in grensgevallen een 'absorberende' werking uitgaat, alsmede hoe binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 de bewijslastverdeling ten aanzien van de aansprakelijke persoon vorm kan worden gegeven.

## 5 | Plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171

### 5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 en 4 werd de positie van art. 6:181 bepaald ten opzichte van (met name) art. 6:173, 174 en 179. Duidelijk is geworden dat binnen het systeem van art. 6:181 jo. 6:173, 174, 179 steeds óf de bedrijfsmatige gebruiker óf de bezitter aansprakelijk is (hoofdstuk 3), alsmede dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker daarbij het primaat vormt en die van de bezitter fungeert als vangnet (hoofdstuk 4). In dit hoofdstuk wordt de plaats van art. 6:181 bepaald ten opzichte van art. 6:170 (ondergeschikten) en art. 6:171 (zelfstandige hulppersonen).<sup>1</sup> De aanleiding daartoe is dat vanuit bronnen rondom art. 6:181 zelf maar weinig duidelijkheid wordt verschaft over de precieze werkingssfeer van deze bepaling.<sup>2</sup> Richtinggevende, laat staan ‘traditionele’ gezichtspunten ter toepassing van art. 6:181 bestaan op dit moment nog niet. Om toch de denkrichting c.q. ‘grondtoon’ te kunnen bepalen voor de uitleg van art. 6:181, wordt de blik verlegd naar art. 6:170 en 171: aansprakelijkheden die verwant zijn aan art. 6:181 en die wél een uitgebreide wetsgeschiedenis kennen, al de nodige aandacht van literatuur en rechtspraak hebben genoten en waarover ook vanuit rechtsvergelijkend perspectief het nodige aan verheldering is te vinden. Kortom, anders dan die van art. 6:181 is de toepassing van de art. 6:170 en 171 vandaag de dag inmiddels behoorlijk uitgekristalliseerd. Getracht wordt om aan de hand van een plaatsbepaling ten opzichte van deze twee laatste aansprakelijkheden, meer zicht te krijgen op de richting die met art. 6:181 moet worden ingeslagen. In een eerdere publicatie heb ik overigens al aandacht besteed aan de positie van art. 6:181 in relatie tot art. 6:170 en 171,<sup>3</sup> hetgeen ik in het navolgende deels zal herhalen en nader zal uitwerken.

---

1 Waar in dit hoofdstuk omwille van de leesbaarheid van art. 6:170 wordt gesproken, wordt tenzij anders vermeld de aansprakelijkheid van *art. 6:170 lid 1* bedoeld. En waar in dit hoofdstuk over de aansprakelijkheid van art. 6:181 wordt gesproken, wordt daarbij mede bedoeld op de voor deze bepaling relevante aansprakelijkheidsgronden uit de art. 6:173, 174 en 179; art. 6:181 ‘sec’ betreft immers geen aansprakelijkheidsgrond maar ziet kort gezegd enkel op de ‘wie-vraag’. Vgl. par. 4.6.1.

2 Gedoeld wordt op het ontbreken van een voorloper in het OBW, de summiere wetsgeschiedenis van art. 6:181, de relatief beperkte aandacht in de literatuur en rechtspraak voor deze bepaling, alsmede op het in de ons omringende rechtssstelsels ontbreken van een zoals art. 6:181 vormgegeven aansprakelijkheid.

3 Kolder 2010, p. 295-307.

## 5.2 Verwantschap van art. 6:181 met art. 6:170 en 171

Art. 6:170, 171 en 181 staan, los van de eigen kleur die iedere bepaling uiteraard heeft, met elkaar in onderling verband. Art. 6:170 en 171 zien op het ‘gebruik’ van hulppersonen, art. 6:181 ziet op het ‘gebruik’ van hulpzaken. Het gaat in alle drie artikelen om een aansprakelijkheid voor ‘instrumenten’ waarvan de aansprakelijke persoon zich bedient, zij het dat de hulppersoon uit art. 6:170/171 een ‘levend werktuig’ is,<sup>4</sup> een hulpzaak uit art. 6:181 veelal ‘levenloos’ (art. 6:173 en 174) maar soms evenzeer ‘levend’ (art. 6:179). Het gebruik van de hulppersoon of -zaak speelt zich blijkens alle drie artikelen af in de ‘bedrijfsmatige’ sfeer. Waar art. 6:171 en 181 ter aanduiding van de aansprakelijke spreken van degene die een ‘bedrijf’ uitoefent, blijkt uit de tekst van art. 6:170 lid 1 de bedrijfsmatige context minder expliciet maar is deze aansprakelijkheid daarvoor toch (met name) wel bedoeld.<sup>5</sup>

Voorts betreffen de art. 6:170, 171 en 181 alle ‘zuivere’ kwalitatieve aansprakelijkheden: de aansprakelijkheid van degene die de hulppersoon of -zaak gebruikt, treedt in zonder *eigen* ‘foutief’ gedrag. Ik besef dat dit aspect niet de meest kenmerkende gelijkenis tussen de art. 6:170, 171 en 181 is, aangezien nagenoeg alle in afd. 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheden een ‘zuivere’ kwalitatieve aansprakelijkheid zijn.<sup>6</sup> Toch is bedoeld aspect in mijn ogen het vermelden waard. Art. 6:171 werd in het kader van de totstandkoming van het NBW aanvankelijk namelijk geredigeerd als een ‘schuldaansprakelijkheid’ met een weerlegbaar vermoeden van ‘schuld’.<sup>7</sup> De aansprakelijkheid voor schade door een zelfstandige hulppersoon ex art. 6:171 trad niet in, indien de opdrachtgever kon aantonen dat bij de keuze van de hulppersoon en het houden van toezicht voldoende zorgvuldigheid was betracht.<sup>8</sup> De aansprakelijkheid voor ondergeschikten ex art. 6:170 had in het totstandkomingsproces van het NBW daarentegen wel van meet af aan te gelden als een (echte) kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>9</sup> Uiteindelijk werden de aansprakelijkheden voor niet-ondergeschikten en ondergeschikten gelijkgeschakeld:<sup>10</sup> in het Gewijzigd Ontwerp werd ervoor gekozen de aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten niet meer te doen rusten op *eigen* ‘foutief’ gedrag van de opdrachtgever, maar net zoals bij art. 6:170 op de ‘fout’ van een ander.<sup>11</sup> Art. 6:181 was sinds zijn introductie in het Gewijzigd Ontwerp direct een (echte) kwalitatieve aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid werd niet gekoppeld aan een (eigen) ‘fout’ van de bedrijfsmatige gebruiker, maar aan de ‘gebrekigheid’ van de roerende zaak of opstal dan wel de ‘eigen energie’ van het dier. Ook de kwalitatieve aard van de aansprakelijkheden ex art. 6:170, 171 en 181 komt vandaag de dag dus overeen.

4 Vgl. Van Lennep 1895, p. 56-69; Klaassen 1991, p. 45.

5 Zie hierna par. 5.3.1 en ook par. 6.6.2.

6 Art. 6:169 lid 2 is geen (zuivere) kwalitatieve aansprakelijkheid, want gekoppeld aan een eigen ‘fout’ van de ouder/voogd.

7 Art. 6.3.10 O.M.

8 Lubach 2005, p. 125. Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 722, 725, 726.

9 Toen nog verspreid over art. 6.3.8 en 6.3.9 O.M. Zie hierover ook de bijlage achter hoofdstuk 9, par. 3.

10 Zie het Gewijzigd Ontwerp (Parl. gesch. Boek 6, p. 725-729), waarin de art. 6.3.8, 6.3.9 en 6.3.10 O.M. werden vervangen door art. 6.3.2.2 (6:170) en 6.3.2.3 (6:171) G.O.

11 Parl. gesch. Boek 6, p. 728-729; Lubach 2005, p. 129-132. Zie ook HR 23 juni 2017, *RvdW* 2017/723 (*Ennia/Taliesin*), r.o. 3.5.2.

Met het kwalitatieve karakter van de aansprakelijkheden van art. 6:170, 171 en 181 hangt een andere gelijkenis tussen deze bepalingen samen. Nu de aansprakelijkheid op grond van alle drie artikelen niet wordt afgebakend door eigen ‘foutief’ gedrag van de aansprakelijke persoon, vindt de begrenzing van art. 6:170, 171 en 181 op andere wijze plaats. De op voet van deze bepalingen aangesprokene is namelijk niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door iedere ‘fout’ van een hulp persoon (art. 6:170/171) of iedere gebrekkige zaak dan wel iedere eigen gedraging van een dier (art. 6:181). De risicosfeer van de op grond van art. 6:170, 171 en 181 aangesprokene wordt begrensd aan de hand van een zogeheten *functioneel verband*-vereiste: voor het intreden van aansprakelijkheid is steeds nodig dat op het moment van de schadeveroorzaking een voldoende sprekende band bestond tussen enerzijds de (activiteiten van de) op grond van art. 6:170, 171 en 181 aangesprokene en anderzijds (het gebruik van) de schadeveroorzakende hulp persoon of hulpzaak.

Ook de argumenten die ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheden van art. 6:170, 171 en 181 worden gebezigd, vertonen gelijkenis. Zo gaat achter deze bepalingen allereerst dezelfde *algemene* gedachte van slachtofferbescherming schuil: beoogd wordt benadeelden ten behoeve van hun verhaalsmogelijkheden, náást de (eventueel) ‘foutaansprakelijke’ ex art. 6:162, een ‘extra’ aan te spreken partij te bieden. Omdat met iedere in afd. 6.3.2 BW opgenomen aansprakelijkheid in beginsel (mede) een dergelijke versterking van de positie van benadeelden is beoogd, is het in dit verband treffender dat de *specifieke* gedachten achter aansprakelijkheid op grond van art. 6:170, 171 en 181 evenzeer overeenkomen. Zo zijn art. 6:171 en 181 sterk geënt op de idee om in geval van schade door bedrijfsmatige activiteiten het slachtoffer een handreiking te bieden, in die zin dat deze zich ter vergoeding van zijn schade (in ieder geval) steeds kan wenden tot één duidelijk aanwijsbare persoon, te weten degene die het desbetreffende bedrijf uitoefent.<sup>12</sup> Aan art. 6:170 ligt een overeenkomstige *eenheids- en opspoorbaarheids*gedachte ten grondslag, namelijk het beginsel dat benadeelden de ‘meester’ en diens ondergeschikten als een zekere eenheid kunnen beschouwen.<sup>13</sup> Gaat er binnen een van de voornoemde professionele ‘eenheden’ iets mis, dan moet de benadeelde zich ook aan (het hoofd van) die eenheid kunnen houden. Op deze wijze worden art. 6:170, 171 en 181 nadrukkelijk in onderling verband aan de orde gesteld in de parlementaire geschiedenis van afd. 6.3.2 BW. Het voorbeeld wordt gegeven van een explosie binnen een bedrijf waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden.<sup>14</sup> Alsdan moet volgens de toelichting ter vaststelling van de aansprakelijkheid discussie worden voorkomen over de vraag welke fout van een binnen het bedrijf werkzame persoon de schade heeft veroorzaakt, ofwel welke binnen het bedrijf gebruikte zaak de schade heeft aangericht en wie daarvan de bezitter is. Aldus vormen de art. 6:170, 171 en 181 tezamen het fundament van de *concentratiegedachte*: de wetgever heeft de aansprakelijkheid voor

12 Parl. gesch. Boek 6, p. 719-720, 729-731, 745-746; Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

13 Parl. gesch. Boek 6, p. 714, alsook p. 746, waaruit vanuit de ‘eenheidsgedachte’ het verband blijkt tussen (de wenselijkheid van) de regelingen van art. 6:170, 171 en 181.

14 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746.

hulppersonen en -zaken steeds willen concentreren bij ‘het bedrijf’ als centraal adres, om benadeelden bij het verhalen van hun schade een zoektocht te besparen en om te voorkomen dat zij zouden moeten kiezen uit vele potentieel aansprakelijken. Tegelijkertijd kunnen met een dergelijke concentratie van aansprakelijkheid aan de zijde van de (potentieel) aansprakelijken dubbele verzekeringslasten worden voorkomen.<sup>15</sup> Voorts wordt aansprakelijkheid op grond van de art. 6:170, 171 en 181 wel verdedigd met een beroep op het *profijtbeginsel*: degene die zich bedient van personen en zaken dient daarvan niet alleen (in economische zin) de lusten te genieten maar behoort, indien daarbij iets misgaat, ook de daaraan verbonden lasten te dragen.<sup>16</sup> Voorts wordt de *gevaartheorie* gebezigd als rechtvaardiging van aansprakelijkheid op grond van art. 6:170, 171 en 181: hij die ervoor kiest zijn ‘actieradius’ te vergroten door andere personen handelingen voor zich te laten verrichten of door gebruik te maken van zaken, en zodoende voor derden eenzijdig de kans op schade door verwezenlijking van de daarmee in het leven geroepen gevaren verhoogt, dient ook voor die risico’s in te staan.<sup>17</sup> Een ander argument voor de aansprakelijkheden van art. 6:170, 171 en 181 betreft de zogenoemde ‘*risk-spreading capacity*’: de aansprakelijkheid voor schade door hulppersonen en -zaken kan als ‘bedrijfsrisico’ worden gezien waarvan de kosten, al dan niet in de vorm van verzekeringspremies, door de aansprakelijke persoon over zijn afnemers kunnen worden gespreid.<sup>18</sup> Hiermee hangt nauw samen het *verzekeringsaspect* waarmee de aansprakelijkheid uit alle drie bepalingen wel wordt verdedigd. Behoudens het zojuist al genoemde aspect van het voorkomen van dubbele verzekeringslasten, wordt van de ex art. 6:170, 171 en 181 aansprakelijke persoon wel aangenomen dat hij bij uitstek in staat is zich voor de gevolgen van aansprakelijkheid te verzekeren. Hij wordt als gezegd geacht de mogelijkheid te hebben de verzekeringspremies als bedrijfskosten door te berekenen aan zijn afnemers in de prijzen van zijn producten of diensten.<sup>19</sup>

Uit het vorenstaande volgt dat art. 6:170, 171 en 181 een onmiskenbare samenhang vertonen. De vraag die evenwel nog voorligt, is bij welke aansprakelijkheid voor hulppersonen aansluiting kan worden gezocht voor de uitleg van art. 6:181 betreffende hulpzaken. Hier dient het belang van een plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171 zich aan: art. 6:170 wordt namelijk ruimhartig toegepast, terwijl voor art. 6:171 juist een restrictieve benadering geldt. Om art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171 goed te kunnen positioneren, worden in het navolgende allereerst de aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171 nog afzonderlijk nader beschouwd. Zodra zicht bestaat op de aspecten die deze aansprakelijkheden kenmerken, is de positie van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171 vervolgens gefundeerd(er) te bepalen.

---

15 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746.

16 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

17 Parl. gesch. Boek 6, p. 746-747. Zo ook Sieburgh 2000, p. 181-187.

18 Parl. gesch. Boek 6, p. 714, 718-719, 746; Parl. gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003. Zie ook het verband dat wordt gelegd tussen art. 6:170, 171 en 181 in *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-8.

19 Zie voor art. 6:170 Parl. gesch. Boek 6, p. 718; voor art. 6:171 Parl. gesch. Boek 6, p. 719; voor art. 6:181 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

### 5.3 De aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171 nader beschouwd

#### 5.3.1 Kenmerkende aspecten van art. 6:170

Art. 6:170 stelt de opdrachtgever<sup>20</sup> aansprakelijk voor schade door ‘foutief’ gedrag van zijn ondergeschikten. Deze kwalitatieve aansprakelijkheid heeft een ruim bereik. Dit blijkt ten eerste uit de hoedanigheid van de door de bepaling aangewezen *aansprakelijke persoon*. Op grond van art. 6:170 is een brede groep opdrachtgevers aansprakelijk, te weten iedere rechtspersoon en ieder natuurlijk persoon mits beroeps- of bedrijfsmatig handelend. De begrippen ‘beroep’ en ‘bedrijf’ worden hierbij extensief geïnterpreteerd.<sup>21</sup> Onder de reikwijdte van art. 6:170 valt ook een arts, advocaat, notaris, ziekenhuis, kliniek, vereniging of stichting.<sup>22</sup> Art. 6:170 ziet dus eveneens op het vrije beroep, niet enkel op het beroep met bedrijfsmatige trekken. Ook de overheid wordt door art. 6:170 bestreken, en dan niet enkel het overheidsbedrijf<sup>23</sup> maar ook de klassieke overheid.<sup>24</sup> Ook organisaties die minder goed in de traditionele termen beroep, bedrijf of overheid zijn te vangen, kunnen vallen onder het bereik van art. 6:170.<sup>25</sup> De restrictievere aansprakelijkheid voor ondergeschikten uit lid 2 van art. 6:170 geldt namelijk enkel voor opdrachtgevers in hoedanigheid van een natuurlijk persoon die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelt, kortweg ook wel ‘particuliere’ opdrachtgevers genoemd.<sup>26</sup> Hiermee ziet lid 1 van art. 6:170 op alle andere opdrachtgevers.<sup>27</sup>

Ook *de personen voor wie* de opdrachtgever ex art. 6:170 aansprakelijk is, betreft een brede groep. Bij de hoedanigheid van de door art. 6:170 bedoelde hulppersonen komt het aan op de invulling van het ‘ondergeschiktheidsvereiste’. Beslissend is of de opdrachtgever uit hoofde van de met de hulppersoon bestaande rechtsbetrekking *zeggenschap* heeft over diens gedragingen.<sup>28</sup> Dit wordt al gauw

20 Art. 6:170 omschrijft de kwalitatief aansprakelijke als ‘degene in wiens dienst’ de ondergeschikte is. De aansprakelijke persoon wordt in literatuur en rechtspraak op verschillende wijzen aangeduid, namelijk wel als ‘opdrachtgever’, ‘principaal’, ‘werkgever’, ‘aansteller’ of ‘meester’. Ik hanteer in het vervolg van deze studie de term ‘opdrachtgever’.

21 Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170, aan. 8.3.

22 Parl. gesch. Boek 6, p. 726.

23 Vgl. HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/52, m.nt. Mok (*Blomaard/Gemeente Utrecht*), waarin art. 6:170 werd toegepast op een gemeentelijke reinigings- en havendienst.

24 Bijv. Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9123 (*Palingkwekerij*) en Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1377 (*X/De Nationale politie*). Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 710, 713, 715, 719, 726, alsmede Hoekzema 2000, p. 43 en 50; Lubach 2005, p. 301; Oldenhuis 2014/39 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/183 en 184.

25 Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8971 (*Misbruik door pastoor*).

26 Voor aansprakelijkheid van ‘particuliere’ opdrachtgevers geldt een verscherpt functioneel verband-vereiste, nu lid 2 van art. 6:170 enkel aansprakelijkheid vestigt voor fouten *binnen* de taakvervulling terwijl lid 1 van art. 6:170 zich ook uitstrekt tot fouten daarbuiten. Vgl. Oldenhuis 2014/51. Zie nader hoofdstuk 6 over de hoedanigheid van de ex art. 6:170, 171 en 181 aansprakelijken.

27 Zie nader hoofdstuk 6.

28 Hoekzema 2000, p. 50 e.v.



aangenomen. Zo is niet vereist dat aan de hulppersoon ook daadwerkelijk instructies en aanwijzingen zijn gegeven; voldoende is dat de opdrachtgever met betrekking tot de opgedragen taak instructies en aanwijzingen had *kunnen* geven c.q. of hij daartoe de bevoegdheid of het recht had.<sup>29</sup> Zelfs indien een dergelijke ‘werkinhoudelijke’ zeggenschap ontbreekt, kan vanwege niettemin bestaande ‘formeel-organisatorische zeggenschap’ toch sprake zijn van ‘ondergeschiktheid’ in de zin van art. 6:170. Deze vorm van zeggenschap ziet dan niet op de inhoudelijke werkzaamheden van de hulppersoon (instructies en aanwijzingen), maar op de randvoorwaarden en meer organisatorische kant van diens taakvervulling (de wijze en het karakter van beloning, werktijden, vakantie, aanstelling en ontslag).<sup>30</sup> Zodoende ziet art. 6:170 ook op ondergeschikten die doorgaans zelfstandig en naar eigen inzicht handelen.<sup>31</sup> Ondergeschiktheid’ als bedoeld in art. 6:170 is in beginsel gegeven wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling.<sup>32</sup> Art. 6:170 is echter niet beperkt tot daaruit voortvloeiende rechtsbetrekkingen,<sup>33</sup> aangezien ook zonder dienstverband of aanstelling sprake van ondergeschiktheid kan zijn. Een ondergeschiktheidsrelatie in de zin van art. 6:170 kan ook op de feitelijke verhoudingen tussen partijen berusten.<sup>34</sup> Ook een rechtsbetrekking zonder duurzaam karakter, zoals in geval van een los of incidenteel werk, kan door art. 6:170 worden bestreken.<sup>35</sup> Zelfs bepaalde *zelfstandige* arbeidskrachten kunnen onder het begrip ‘ondergeschikte’ van art. 6:170 worden geschaard.<sup>36</sup> Dat zijdens de opdrachtgever snel voldoende zeggenschap bestaat om ‘ondergeschiktheid’ te kunnen aannemen, volgt ook treffend uit het feit dat tegelijkertijd verschillende opdrachtgevers op de grondslag van art. 6:170 aansprakelijk kunnen zijn. Dit doet zich met name voor in zogeheten in- en uitleensituaties. Wanneer een werknemer aan een ander wordt ‘uitgeleend’ en aldaar zijn werkzaamheden verricht, is een ondergeschiktheidsverhouding tussen de uitgeleende arbeidskracht en de ‘inlener’ (materiële werkgever) vaak snel gegeven: laatstgenoemde heeft (tijdelijk) feitelijk de bevoegdheid de werknemer instructies te geven.<sup>37</sup> Naast de inlener zal doorgaans nog altijd ook de ‘uitlener’ (formele werkgever) met de aansprakelijkheid van art. 6:170 zijn belast. De formele werkgever ontspringt de aansprakelijkheidsdans namelijk alleen indien deze, ondanks het voortduren van het dienstverband, iedere zeggenschap over de werknemer en diens gedragingen heeft verloren.<sup>38</sup> Dit is niet snel aan de orde, omdat de formele werkgever veelal wordt geacht nog wel

29 Spier e.a. 2015, p. 95; Lubach 2005, p. 188.

30 Hoekzema 2000, p. 50-51, 57.

31 Spier e.a. 2015/88 en 89.

32 Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1475 (*Defensie*).

33 Parl. gesch. Boek 6, p. 727.

34 Parl. gesch. Boek 6, p. 714; Oldenhuis 1985, p. 42-44; Klaassen 1991, p. 51; Oldenhuis 2014/39.

35 Zie Oldenhuis 2014, p. 45 en 48; Klaassen 1991, p. 51. Vgl. ook HR 3 mei 1996, NJ 1996/642, m.nt. PAS (*Daalimpex/Heeringa*).

36 Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, JA 2013/123 m.nt. Kolder (*Allianz/SRO*), waarin het ging om een *zpp*-loodgieter die brandschade veroorzaakte.

37 Hoekzema 2000, p. 51.

38 HR 7 januari 1983, NJ 1984/607, m.nt. CJHB (*Nieuw Rotterdam/Kruk en Goktas*); HR 13 mei 1988, NJ 1989/896, m.nt. Konijnenbelt (*Staat/A.*)

een zekere formeel-organisatorische zeggenschap te hebben behouden.<sup>39</sup> In geval van in- en uitleen van werknemers zal art. 6:170 in de regel derhalve een cumulatie van aansprakelijkheid van de formele en materiële werkgever met zich brengen.<sup>40</sup> Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat benadeelden bij het verhalen van hun schade ex art. 6:170 afhankelijk zijn van voor hen niet kenbare of moeilijk te achterhalen onderlinge zeggenschapsverhoudingen tussen de verschillende betrokken ‘werkgevers’.<sup>41</sup>

Het *functioneel verband*-vereiste van art. 6:170 wordt eveneens soepel gehanteerd. Dit vereiste ziet op de vraag of tussen de ‘fout’ van de ondergeschikte en het opgedragen werk een zodanig verband bestaat, dat diens opdrachtgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk valt te achten. Volgens de wettekst komt betekenis toe aan de vraag of de opgedragen werkzaamheden de kans tot het maken van de fout hebben vergroot, alsmede of de opdrachtgever zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Waar het element van kansvergroting in dit verband onomstreden is, ligt dit voor het zeggenschapsvereiste anders. In de literatuur wordt er wel kritisch op gewezen dat een zeggenschapseis bij het functioneel verband van art. 6:170 ten onrechte associaties oproept met het ‘schuld-beginsel’: alsof de opdrachtgever enkel aansprakelijk kan zijn voor gedragingen van de ondergeschikte waarop hij invloed heeft door dit te verhinderen of verbieden. Voorts wordt in de literatuur erop gewezen dat ‘zeggenschap’ al binnen art. 6:170 wordt gebruikt ter concretisering van de ondergeschiktheidsverhouding. Zou de zeggenschapseis bij het functioneel verband dezelfde betekenis toekomen als ter afbakening van de kring van personen waarvoor de opdrachtgever aansprakelijk is, dan is zij overbodig. Anderzijds zou het volgens een aantal auteurs niet logisch voorkomen dat binnen art. 6:170 een zeggenschapsvereiste met twee verschillende betekenissen voorkomt. Geopperd wordt daarom wel dat bij het functioneel verband van art. 6:170 alleen met het criterium van kansvergroting kan worden volstaan.<sup>42</sup> Anderen menen dat het zeggenschapselement ter (nadere) begrenzing van (ook) het vereiste verband tussen de taak van de ondergeschikte en de door hem gemaakte ‘fout’ niet nutteloos is.<sup>43</sup> Hartlief heeft er wel op gewezen dat bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 niet steeds uitdrukkelijk wordt getoetst of aan de elementen van kansvergroting en zeggenschap is voldaan, maar dat – onder verwijzing naar HR 9 november 2007, *JA* 2008/25 (*Groot Kievitsdal*) – het steeds aankomt op alle terzake dienende omstandigheden van het

39 Zo werd in HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*) in een in- en uitleensituatie geoordeeld dat voor ‘ondergeschiktheid’ in beginsel al voldoende is dat de ex art. 6:170 aangesprokene zeggenschap heeft over de vraag of en op welke momenten de arbeidskracht die foutief handelde, werkzaamheden voor een ander dient uit te voeren. In deze zaak betrof het overigens een materiële werkgever c.q. ‘doorlener’ (JMV) die een werknemer van een ander (bedrijf A, de formele werkgever) ter beschikking stelde aan een derde (BAM). Tussen het ex art. 6:170 aangesproken JMV en de vermeend ‘foutief’ handelende arbeidskracht werd, ondanks de terbeschikkingstelling aan BAM, een ondergeschiktheidsverhouding aangenomen.

40 Hoekzema 2000, p. 53-54.

41 Zie in navolging van A-G Hartlief in zijn conclusie sub 3.22-3.23, HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.2. Vgl. de gelijksoortige cumulatieve aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 ingeval een uitgeleende arbeidskracht in het kader van zijn werkzaamheden niet een derde schade toebrengt maar zelf schade lijdt: de arbeidskracht kan zijn formele werkgever op grond van art. 7:658 lid 1-2 aanspreken, zijn materiële werkgever op grond van art. 7:658 lid 4 (jo. lid 1-2).

42 Zie voor een en ander Oldenhuis 2014, p. 68-69; Lubach 2005, p. 314-315; Hoekzema 2000, p. 65-68.

43 Klaassen 1991, p. 60; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/187 en 188.

geval.<sup>44</sup> Niettemin volgt uit HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*) dat de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 toch scharniert om de elementen van kansvergroting en zeggenschap.<sup>45</sup> En voor wat betreft dit element van zeggenschap verwijst de Hoge Raad expliciet naar dezelfde ‘zeggenschap’ die (reeds) relevant is voor het ondergeschiktheidsvereiste van art. 6:170.

Toch lijkt er eensgezindheid over te bestaan dat het antwoord op de vraag, of al dan niet voldoende verband aanwezig is tussen de aan de ondergeschikte opgedragen taak en de door hem gemaakte ‘fout’, telkens afhangt van een waardering van alle feiten en omstandigheden waaronder deze ‘fout’ is begaan. Hierbij komt in ieder geval betekenis toe aan een viertal gezichtspunten, te weten de aard, plaats en het tijdstip van de fout, alsmede het middel waarmee deze werd begaan.<sup>46</sup> Waar de Hoge Raad bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 als gezegd de elementen van kansvergroting en zeggenschap voorop blijft stellen, kan van deze gezichtspunten worden gezegd dat zij als het ware uit die elementen voortvloeien c.q. daarvan een uitwerking vormen. Immers, aan de hand de aard, plaats en het tijdstip van de fout, alsmede de rol van eventuele hulpmiddelen valt bij uitstek ten aanzien van de opdrachtgever wat te zeggen over kansvergroting en zeggenschap. Uitgangspunt bij een en ander is dat het functioneel verband van art. 6:170 snel aan genomen en de risicosfeer van de opdrachtgever derhalve (zeer) ruim is. Illustratief is HR 9 november 2007, *JA* 2008/25 (*Groot Kievitsdal*), waarin tijdens een personeelsfeest door ondergeschikten lampolie op de aanwezige barbecue werd gegooid en het rietgekapte partycentrum tot de grond toe afbrandde. Ondanks dat de aard van de fout, het tijdstip en de locatie daarvan niet in de richting van de dienstbetrekking of werkgever wezen en bij de fout ook geen hulpmiddelen van laatstgenoemde waren betrokken, werd (toch) een voldoende samenhang tussen de fout en de werkzaamheden in dienstbetrekking aangenomen voor een aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 6:170. Een ruime uitleg van het functioneel verband werd nog eens bevestigd in HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/52, m.nt. Mok (*Blomaard/Gemeente Utrecht*), waarin een medewerker van de reinigings- en havendienst van de gemeente Utrecht tijdens een werkpaauze slachtoffer werd van ‘collegiaal stoeien’. De Hoge Raad oordeelde dat het hof, dat geen functioneel verband aanwezig achtte tussen de betreffende fout en de opgedragen werkzaamheden, de grenzen van art. 6:170 te nauw had getrokken.<sup>47</sup>

Het beeld dat uit de analyse van art. 6:170 naar voren komt, is dat deze aansprakelijkheid voor hulppersonen op alle fronten een ruime uitleg toekomt, waarbij de factor ‘zeggenschap’ een voornamelijk rol vervult. Art. 6:170 biedt door haar royale toepassingsgebied de benadeelde een ruime route naar de opdrachtgever

44 Conclusie A-G Hartlief sub 3.13 en 4.23 voor HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*).

45 HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.4.

46 Schut 1963, p. 287 e.v.; Hoekzema 2000, p. 67.

47 Zie over het functioneel verband van art. 6:170 ook nog HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), waarin dit verband mijns inziens overigens weinig verrassend werd aangenomen aangezien de vermeende fout van de betreffende werknemer (onvoldoende toezicht houden op de veiligheid van werkzaamheden aan het spoor) in nauw verband stond met de hem opgedragen (veiligheids)taak.

van de schadeveroorzakende hulppersoon. Tot slot zij nog opgemerkt dat het ruime toepassingsgebied van art. 6:170 niet enkel gunstig is voor degene die de schade lijdt, maar ook voor de schadeveroorzakende hulppersoon zélf. Een ‘ondergeschikte’ hulppersoon wordt namelijk vergaand beschermd door de interne draagplichtregeling van lid 3 van art. 6:170: in beginsel dient hij in de verhouding met zijn opdrachtgever enkel in geval van opzet of bewuste roekeloosheid in de schadevergoeding bij te dragen. Dit brengt met zich dat de uiteindelijke draagplicht voor schade veroorzaakt door een ‘fout’ van een ondergeschikte veelal bij diens opdrachtgever zal liggen.<sup>48</sup>

### 5.3.2 Kenmerkende aspecten van art. 6:171

Art. 6:171 kent een aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor schade door ‘fouten’ begaan bij werkzaamheden van *niet*-ondergeschikte hulppersonen (ook wel: zelfstandige hulppersonen). Voor wat betreft de hoedanigheid van de door art. 6:171 aangewezen *aansprakelijke persoon* geldt dat de wettekst enkel spreekt van degene die een ‘bedrijf’ uitoefent. Hieronder vallen beroepsmatige opdrachtgevers en de overheid in beginsel niet.<sup>49</sup> Voor het beroep met bedrijfsmatige trekken<sup>50</sup> en ook het overheidsbedrijf<sup>51</sup> geldt hierop een uitzondering: zij kunnen wel geacht worden een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:171 uit te oefenen. Ondanks kritiek in de literatuur, inhoudende dat een onderscheid tussen ‘beroep’ en ‘bedrijf’ inmiddels is achterhaald en ook de overheid ‘gewoon’ onder art. 6:171 zou moeten vallen wegens een onterechte vrees voor onoverzienbare aansprakelijkheid,<sup>52</sup> wordt in de rechtspraak met steevast een terughoudende uitleg van het bedrijfsbegrip nog altijd de bedoeling van de wetgever gevolgd.<sup>53</sup>

*De personen voor wie de opdrachtgever ex art. 6:171 aansprakelijk is, omschrijft art. 6:171 als ‘niet ondergeschikten’. Een zelfstandige hulppersoon is degene die niet in een ondergeschiktheidsverhouding tot zijn opdrachtgever staat, maar zijn*

48 In het verlengde van lid 3 van art. 6:170 kan op de beschermende regeling van art. 6:257 (‘blokkering paardensprong’) worden gewezen: indien de opdrachtgever zich ter afwering van een vordering van zijn wederpartij kan beroepen op contractuele verweermiddelen, profiteert – behoudens opzet of bewuste roekeloosheid – ook zijn ondergeschikte daarvan in de verhouding met die wederpartij.

49 Parl. gesch. Boek 6, p. 729-731.

50 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

51 Parl. gesch. Boek 6, p. 730-731. Denk aan het provinciale waterbedrijf, alsmede het gemeentelijk haven-, parkeer- of afvalverwerkingsbedrijf.

52 Lubach 2005, p. 283-308.

53 Oldenhuis 2014, p. 90-92. Omdat niet aan het bedrijfsbegrip van art. 6:171 was voldaan, werd aansprakelijkheid bijvoorbeeld afgewezen in Rb. Assen 18 april 2007, ECLI:NL:RBASS:2007:BA3939 (*Tandarts*). In Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9278 (*Tandartsenpraktijk*) werd art. 6:171 wel toepasselijk geacht. Zie voor een afwijzing ex art. 6:171 omdat het ging om ‘overheidstaken in het algemeen’ Hof Den Haag 20 mei 1999, *NJ* 2000/77 (*Rijkswaterstaat*); Hof Leeuwarden 8 september 2004, *JA* 2004/15 (*Wegonderhoud door provincie*); Rb. Leeuwarden 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK0228 (*Gemeente en bouw schoolgebouw*); Rb. Den Haag 7 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8717 (*Onderhoud brug Staat*); Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3856 (*Gemeente en rioolwerkzaamheden*) en Rb. Noord-Nederland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3240 (*Waterschap*). In Hof Amsterdam 9 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BT6578 (*Zuiveringsinstallatie Hoogheemraadschap*) werd het Hoogheemraadschap in eerste aanleg als overheidsbedrijf aangemerkt en werd art. 6:171 toepasselijk geacht. Het hof kwam wegens het zijns inziens (ook) eigen onrechtmatig handelen van het Hoogheemraadschap ex art. 6:162 aan de juistheid van die beoordeling niet meer toe.

werkzaamheden zelfstandig verricht. Ten opzichte van art. 6:170 kunnen de zelfstandige hulppersonen uit art. 6:171 wel worden gezien als een ‘restcategorie’. In deze benadering is art. 6:171 als ‘complement van’ ofwel als ‘aanvulling op’ art. 6:170 vormgegeven.<sup>54</sup> Zodoende is pas sprake van een zelfstandige hulppersoon als bedoeld in art. 6:171 indien diegene *niet* onder (het ruime bereik van) art. 6:170 valt, derhalve niet een ‘ondergeschikte’ van zijn opdrachtgever is. De vraag is dan waar ‘ondergeschiktheid’ ophoudt (art. 6:170) en zelfstandigheid begint (art. 6:171). Telkens zal een ‘totaalbeoordeling’ van alle omstandigheden van het concrete geval uitsluitend moeten geven,<sup>55</sup> waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de feitelijke verhoudingen tussen partijen, de door hen gemaakte afspraken en de (wijze van) uitvoering daarvan.<sup>56</sup> In de kern komt het telkens erop aan of de betreffende hulppersoon in een ten opzichte van zijn opdrachtgever zelfstandige en economisch onafhankelijke positie verkeert, dan wel zijn werkzaamheden in relatie tot zijn opdrachtgever (feitelijk) als onzelfstandige en afhankelijke opdrachtnemer verricht. Ter afbakening van het type hulppersoon uit art. 6:170 (ondergeschikten) en 171 (zelfstandigen) is de enkele (formele) *hoedanigheid* van degene die het werk verricht dan ook niet beslissend: zo kan degene die formeel als zzp’er handelt, feitelijk een ‘schijnzelfstandige’ zijn die onder het bereik van art. 6:170 valt.<sup>57</sup>

Het *functioneel verband* van art. 6:171 ziet op de samenhang tussen de werkzaamheden van de hulppersoon waarbij de ‘fout’ is gemaakt enerzijds en anderzijds de bedrijfsactiviteiten van diens opdrachtgever. De tekst van art. 6:171 spreekt ervan dat de fout van de hulppersoon moet zijn begaan bij werkzaamheden verricht ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van zijn opdrachtgever.<sup>58</sup> Hier geldt een terughoudende toepassing en derhalve een beperkte risicosfeer van de opdrachtgever. In HR 21 december 2001, *NJ 2002/75 (Delfland/Stoeterij)* werd aannemingsbedrijf Baas ingeschakeld door energiebedrijf Delfland om door haar geëxploiteerde elektriciteitskabels te vernieuwen. Ten gevolge van een daarbij door Baas tijdens de graafwerkzaamheden gemaakte fout ontstond schade aan de kabels, met als gevolg een stroomstoring waardoor de Stoeterij schade leed. De Hoge Raad stelde bij de beoordeling van de op art. 6:171 gegronde vordering van Stoeterij tegen Delfland, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, voorop dat art. 6:171 *restrictief* moet worden opgevat. Het functioneel verband van art. 6:171 – ‘werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf’ – houdt volgens de Hoge Raad een belangrijke beperking op de aansprakelijkheid in.<sup>59</sup> Zijns inziens

54 Lubach 2005, p. p. 163-164.

55 Zie voor diverse indicatoren voor ondergeschiktheid dan wel zelfstandigheid Lubach 2005, p. 218-220.

56 Vgl. ook mijn annotatie van Rb Midden-Nederland 12 juni 2013, *JA 2013/123 (Allianz/SRO)*.

57 Rb Midden-Nederland 12 juni 2013, *JA 2013/123*, m.nt. Kolder (*Allianz/SRO*).

58 Overigens eist art. 6:171 ook een functioneel verband tussen de ‘fout’ van de zelfstandige hulppersoon en de hem opgedragen werkzaamheden. Aangenomen wordt dat terzake dezelfde (ruime) maatstaf moet worden aangelegd zoals voor het functioneel verband van art. 6:170 heeft te gelden. Asser/Hartkamp 6-IV 2015/200; Oldenhuis 2014/66; Lubach 2005, p. 318. Het belangrijkste functioneel verband van art. 6:171 ziet echter op de samenhang tussen de activiteiten van de hulppersoon en die van diens opdrachtgever. Lubach 2005, p. 319; Hartlief 2002, p. 888.

59 Het betreft Parl. gesch. Boek 6, p. 719-720, 728-731. Zie ook A-G Spier in zijn conclusie, sub 4.6, over het functioneel verband van art. 6:171: ‘Er kan weinig twijfel over bestaan dat dit begrip eng moet worden uitgelegd.’ Tevens spreekt hij sub 4.17 van duidelijk ‘een terughoudende benadering’, alsmede dat de wetgever ‘onmiskkenbaar een beperkt bereik’ voor zijn nieuwe bepaling voor ogen had.

kan aansprakelijkheid alleen worden aangenomen indien de hulppersoon en het bedrijf van diens opdrachtgever naar buiten toe als ‘een zekere eenheid’ zijn te beschouwen. In het licht van ‘de beperkte strekking van art. 6:171’ merkte de Hoge Raad de graafwerkzaamheden van Baas *niet* aan als werkzaamheden ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van Delfland.

Deze restrictieve koers van de Hoge Raad werd in de literatuur<sup>60</sup> en feiten-rechtspraak<sup>61</sup> wel in die zin opgevat, dat het bestaan van *uiterlijke eenheid* tussen het bedrijf van de hulppersoon en dat van diens opdrachtgever een absolute toepassingsvoorwaarde is voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:171. In HR 18 juni 2010, *NJ* 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*) heeft de Hoge Raad inmiddels duidelijk gemaakt dat art. 6:171 ook toepassing kan vinden in een geval waarin de gescheidenheid van bedrijfsactiviteiten van de hulppersoon en diens opdrachtgever voor de benadeelde naar buiten toe kenbaar is, en hem aldus duidelijk is dat schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte van de ex art. 6:171 aangesprokene. De zaak betreft kweker Koeman die firma De Wit inschakelde om haar perceel grond met het oog op bloembollenteelt te bespuiten met bestrijdingsmiddelen. Als gevolg van een bij de bespuitingswerkzaamheden door De Wit gemaakte ‘fout’ ontstond schade aan gewassen op een aangrenzend perceel van Sijm Agro. De Hoge Raad oordeelde dat de bespuitingswerkzaamheden van De Wit, hoewel het voor Sijm Agro heel wel duidelijk was dat Koeman deze werkzaamheden aan De Wit als niet-ondergeschikte had uitbesteed, aangemerkt kunnen worden als werkzaamheden ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van Koeman in de zin van art. 6:171. Redengevend was de verwevenheid van de activiteiten van kweker Koeman met die van bespuiters De Wit, aan de hand waarvan beide bedrijven als ‘een zekere eenheid’ beschouwd konden worden.<sup>62</sup> Ondanks dat *Koeman/Sijm Agro* duidelijk maakt dat ‘uiterlijke eenheid’ – in de zin dat niet is te onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht – geen doorslaggevende factor is, blijft de ‘grondtoon’ van art. 6:171 restrictief.<sup>63</sup> Het zwaartepunt van de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:171 ligt bij de vraag of het bedrijf van de opdrachtgever en de werkzaamheden van de hulppersoon als ‘een zekere eenheid’ kunnen worden beschouwd. De (aard van de) activiteiten van

60 Zie over het arrest Hartlief 2002, p. 886-896; Lubach 2005, p. 255-282; Meijer 2002, p. 53-55.

61 Illustratief is Rb. Arnhem 28 maart 2007, *JA* 2007/96 (*Ingehuurde portier*). Zie verder onder meer Rb. Rotterdam 24 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH1976 (*Schade aan waterleiding*) en Rb. Arnhem 9 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC9923 (*Sloopwerkzaamheden*).

62 Zie ook A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest, sub. 4.15: ‘Het bespuiten van het land is nauw – zo al niet wezenlijk – verbonden met het telen van bloembollen, zodat de werkzaamheden van de bespuiters waarbij de fout werd gemaakt binnen de bedrijfsuitoefening van de kweker vallen.’

63 Oldenhuis 2014/64; Kolder 2010, p. 302-303; Van Doorn en Gulijk 2013, p. 375-383. Zo ook HR 11 maart 2011, *NJ* 2012/388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*).

de hulppersoon zullen niet te ver mogen afstaan van de bedrijfsvoering van zijn opdrachtgever.<sup>64</sup> Alleen degene die aan de bedrijfsuitoefening zelf van diens opdrachtgever deelneemt, valt onder de werking van art. 6:171.<sup>65</sup>

Kenmerkend aan art. 6:171 is voorts dat de aansprakelijkheid van de opdrachtgever is gekoppeld aan ‘aansprakelijkheid’ van zijn hulppersonen, en niet aan hun ‘fouten’. Hiermee is de aansprakelijkheid van art. 6:171 niet afhankelijk van een *persoonlijke* fout van de ingeschakelde hulppersoon. Aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de zelfstandige hulppersoon kan ook intreden indien de aansprakelijkheid van laatstgenoemde berust op fouten van diens ondergeschikte of niet-ondergeschikte hulppersonen.<sup>66</sup> Hiermee heeft de wetgever niet enkel fouten van de zelfstandige hulppersoon zélf binnen het bereik van art. 6:171 willen laten vallen, maar ook een fout ‘ergens in de keten’ bij de uitvoering van de aan deze hulppersoon opgedragen werkzaamheden.<sup>67</sup> Meerdere tussenschakels behoeft dus niet te betekenen dat de werkverhoudingen buiten het bereik van art. 6:171 vallen. Lubach acht dit systeem juist, omdat vooral bij de inschakeling van zelfstandige bedrijven en personen zich de omstandigheid zal voordoen dat (een deel van) de uitvoering van de werkzaamheden in een keten plaatsvindt.<sup>68</sup> Bij ondergeschikten ex art. 6:170 is verplaatsing van de uitvoering van werkzaamheden naar een volgende in de keten minder goed denkbaar. Lubach wijst erop dat een ondergeschikte niet op zijn beurt werknemers in dienst heeft, terwijl ingeval deze het werk wel door een andere ondergeschikte (bijvoorbeeld ‘lager in rang’) laat uitvoeren de aansprakelijkheid ex art. 6:170 nog altijd berust op een fout van een, zij het een andere, ondergeschikte. En indien door een ondergeschikte werkzaamheden zouden worden uitbesteed aan een zelfstandige hulppersoon, dan zal dat in de regel namens de werkgever geschieden, zodat deze als opdrachtgever ex art. 6:171 zal hebben te gelden.<sup>69</sup> Dat art. 6:171 toch de term ‘fout’ bezigt,<sup>70</sup> schuilt volgens de toelichting daarin dat een aansprakelijkheid van de hulppersoon voor zaken niet tot toepasselijkheid van art. 6:171 kan leiden: de bedrijfsmatige opdrachtgever is *ex art. 6:171* niet aansprakelijk indien de aansprakelijkheid van diens hulppersoon niet op een ‘fout’ berust maar op de art. 6:173, 174 en 179.<sup>71</sup> De aansprakelijkheid voor *zaken* van degene die een bedrijf uitoefent, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:181.<sup>72</sup>

64 Vgl. bijv. Hof Den Bosch 26 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2823 (*Woonstichting*).

65 Zie in terughoudende zin ook HR 8 februari 2008, NJ 2008/93 (*Lagraauw/Van Schie*), waarin de activiteiten van een door een tuinbouwbedrijf ingeschakeld transportbedrijf niet als een werkzaamheid ‘ter uitoefening van’ dit tuinbouwbedrijf werden aangemerkt. Zie over de voor art. 6:171 vereiste ‘eenheid van onderneming’ ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/199, alsmede Hof Leeuwarden 1 december 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK5326 (*Wegslepen auto*); Rb. Rotterdam 16 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5862 (*Sloop theater*); Rb. Amsterdam 29 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:491 (*Dexia*); Rb. Noord-Nederland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3240 (*Waterschap*).

66 Parl. gesch. Boek 6, p. 725, 727, 729.

67 Lubach 2005, p. 368-369.

68 Vgl. ter illustratie de casus in HR 23 juni 2017, RvdW 2017/723 (*Ennia/Taliesin*), waarin het ging om een hoofdaannemer en meerdere onderaannemers.

69 Lubach 2005, p. 369.

70 Volgens art. 6:171 gaat het in dit verband erom of de niet-ondergeschikte die werkzaamheden voor een ander verricht jegens een derde ‘aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout’.

71 Parl. gesch. Boek 6, p. 729; Oldenhuis 2014/65.

72 Parl. gesch. Boek 6, p. 727.

### 5.3.3 Een vergelijking van art. 6:170 en 171

Of in een voorkomend geval art. 6:170 dan wel art. 6:171 de toepasselijke bepaling is, maakt nogal verschil. Art. 6:170 biedt degene die schade lijdt door toedoen van een hulppersoon een aanzienlijk ruimere route naar zijn opdrachtgever dan art. 6:171. De opdrachtgever waarop art. 6:170 ziet, betreft iedere rechtspersoon en ieder natuurlijk persoon die beroeps- of bedrijfsmatig handelt. Hierbij worden de termen ‘beroep’ en ‘bedrijf’ ruim uitgelegd en wordt geen onderscheid gemaakt tussen de private en publieke sfeer. Art. 6:171 spreekt evenwel enkel van *bedrijfsmatige* opdrachtgevers. Hieronder vallen het beroep en de overheid in beginsel niet. Art. 6:170 ziet derhalve op een bredere groep opdrachtgevers dan art. 6:171.

Ter begrenzing van de risicosfeer van de opdrachtgever wordt ook het functioneel verband van art. 6:170 op aanzienlijk ruimere wijze toegepast dan dat van art. 6:171.<sup>73</sup> Zo kan inzake art. 6:170 in feite al voldoende zijn dat het opgedragen werk de gelegenheid tot het maken van de fout heeft geschapen, terwijl het functioneel verband van art. 6:171 in de sleutel staat van een restrictieve gedachte van ‘eenheid van onderneming’. Het gezichtspunt van (uiterlijke) ‘eenheid’ speelt bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 geen (beslissende) rol. Voor wat betreft het ‘uiterlijke’ geldt voor art. 6:170 namelijk dat aansprakelijkheid van de opdrachtgever heel wel kan intreden, *ongeacht* of ten tijde van de ‘fout’ van de ondergeschikte (uiterlijk) kenbaar was dát en voor wie deze handelde ter vervulling van een hem opgedragen taak. En voorts komt het bij art. 6:170, in tegenstelling tot art. 6:171, *niet* nadrukkelijk aan op de samenhang tussen de gedragingen van de ondergeschikte waarin de ‘fout’ is gelegen en de hem door zijn opdrachtgever opgedragen werkzaamheden (of die ‘een zekere eenheid’ vormen).<sup>74</sup>

Of art. 6:170 dan wel art. 6:171 in stelling kan worden gebracht, hangt af van de hoedanigheid van de *hulppersoon* voor wie de opdrachtgever aansprakelijk wordt gesteld: een ondergeschikte of zelfstandige?<sup>75</sup> Ook hier heeft art. 6:170 een breed bereik: het begrip ‘ondergeschikte’ wordt ruim uitgelegd, waaronder ook tijdelijk ingeschakelde arbeidskrachten kunnen vallen, uitgeleende arbeidskrachten en zelfs bepaalde zelfstandigen. Pas wanneer aan het (ruim uit te leggen) ondergeschiktheids criterium van art. 6:170 niet is voldaan, komt men toe aan de toepassing van ‘restartikel’ 6:171. Wetssystematisch kwalificeert de aansprakelijkheid van art. 6:170 voor *ondergeschikten* als het uitgangspunt, terwijl art. 6:171 met betrekking tot *zelfstandige hulppersonen* daarop als ‘aanvulling’ c.q. als ‘vangnet’ fungeert.

Een verschil tussen art. 6:170 en 171 is voorts gelegen in het feit dat art. 6:170 aanknoopt bij een ‘fout’ van de ondergeschikte, terwijl aansprakelijkheid ex art. 6:171 niet per se behoeft te berusten op een ‘fout’ van de hulppersoon zélf

<sup>73</sup> Vgl. ook Hartlief sub 3.15 in zijn conclusie voor HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*).

<sup>74</sup> Zie ook Hartlief 2002, p. 892 en 896, die erop wijst dat voor het aannemen van het functioneel verband van art. 6:170 *niet* vereist is dat de benadeelde-derde de link met de opdrachtgever van de ondergeschikte legt, evenmin dat sprake is van associatie van de ondergeschikte met diens opdrachtgever.

<sup>75</sup> Er kan namelijk maar één aansprakelijkheids- en regresregime tegelijkertijd op een bepaalde hulppersoon van toepassing zijn, zie Lubach 2005, p. 164.



maar ook kan voortvloeien uit diens ‘aansprakelijkheid’ voor een fout van zijn (ondergeschikte of zelfstandige) hulppersonen. Waar art. 6:170 ziet op de *rechtstreekse* relatie opdrachtgever-hulppersoon, reikt art. 6:171 verder door aansprakelijkheid ‘in een keten’ te kunnen meebrengen. Dit laatste is mogelijk aangezien de risicosfeer van de art. 6:171-opdrachtgever niet wordt afgebakend aan de hand van ‘zeggenschap’, maar door ‘eenheid’. Ook wanneer de opdrachtgever geen enkele zeggenschap heeft over (de werkzaamheden van) een ergens in de keten ‘foutief’ handelende hulppersoon, kan in beginsel ex art. 6:171 toch de aansprakelijkheid intreden zolang maar aan de eenheidsgedachte is voldaan. Zodra daarentegen op het terrein van art. 6:170 iedere zeggenschap over de ‘foutief’ handelende hulppersoon ontbreekt, zal bij gebreke van ‘ondergeschiktheid’ en/of het functioneel verband aansprakelijkheid van de opdrachtgever niet aan de orde zijn.<sup>76</sup> Toch kan in zekere zin op het terrein van art. 6:170 ook sprake zijn van een ‘ketenaansprakelijkheid’, bijvoorbeeld wanneer in geval van in- en uitleen van werknemers van de ‘uitlener’ (formele werkgever) niet gezegd kan worden iedere zeggenschap over de ondergeschikte te hebben verloren. Alsdan brengt art. 6:170 een cumulatieve aansprakelijkheid van de ‘uitlener’ en ‘inlener’ (materiële werkgever) met zich.

Ook voor de schadeveroorzakende hulppersoon bestaat een wezenlijk verschil tussen het regime van art. 6:170 en 171: onder het regime van art. 6:170 wordt hij vergaand beschermd door de interne draagplichtregeling van lid 3 van de bepaling, terwijl art. 6:171 een regeling ontbeert die de hulppersoon in de verhouding met zijn opdrachtgever beschermt tegen de financiële gevolgen van bij het opgedragen werk gemaakte fouten. De gedachte hierachter is dat een art. 6:171-hulppersoon als zelfstandig en onafhankelijk deelnemer aan het economische verkeer een minder beschermingswaardige partij betreft dan een art. 6:170-hulppersoon. Zo heeft een zelfstandige hulppersoon een vergaande mate van invloed op de organisatie van zijn eigen werkzaamheden om de kans op fouten zo klein mogelijk te doen zijn, wordt hij geacht beter dan een ondergeschikte in staat te zijn de schade te dragen of zich tegen aansprakelijkheid te verzekeren, terwijl het op zijn eigen weg ligt in de afspraken met zijn opdrachtgever eventueel een exoneratie op te nemen.<sup>77</sup> Waar onder het regime van art. 6:170 de uiteindelijke draagplicht voor schade door een ‘fout’ van de hulppersoon – bij gebreke van opzet of bewuste roekeloosheid – in de regel bij zijn opdrachtgever ligt, staat op het terrein van art. 6:171 de hulppersoon – behoudens het geval van een tussen partijen afwijkende contractuele regeling – steeds bloot aan volledig verhaal door diens opdrachtgever, en wel volgens de algemene regels van art. 6:10 en 6:101 jo. 102 lid 1.<sup>78</sup>

76 Vgl. HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.2 en 3.4.4, waaruit volgt dat ‘zeggenschap’ zowel bij de eis van ondergeschiktheid als het functioneel verband van art. 6:170 een rol speelt.

77 Lubach 2005, p. 220, 376.

78 Zo is ook de beschermende regeling van art. 6:257 (‘blokkering paardensprong’) specifiek op ‘ondergeschikten’ toegesneden. Een zelfstandige hulppersoon kan derhalve niet profiteren van contractuele verweermiddelen van zijn opdrachtgever.

Een verklaring voor een ten opzichte van art. 6:170 terughoudende toepassing van art. 6:171 is gelegen in het feit dat voor deze laatste aansprakelijkheid de eis van ‘ondergeschiktheid’ is verlaten. Het kenmerk van een zelfstandige hulppersoon is dat zijn opdrachtgever *geen* zeggenschap heeft over diens gedragingen.<sup>79</sup> En het is juist het aspect *zeggenschap* dat ‘verantwoordelijkheid’ met zich brengt.<sup>80</sup> Nu deze (vorm van) verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor (het gedrag van) de op voet van art. 6:171 ingeschakelde hulppersoon ontbreekt, is een logische keerzijde daarvan dat aansprakelijkheid voor fouten van laatstgenoemde zijdens de opdrachtgever niet te licht aangenomen wordt. Bovendien zal in geval van door art. 6:171 bestreken verhoudingen niet zelden sprake zijn van een kortstondige en/of incidentele (werk)relatie. Daarbij kan worden bedacht dat de art. 6:171-opdrachtgever ook aansprakelijk kan zijn voor een fout ‘ergens in de keten’, terwijl art. 6:170 enkel ziet op de ‘rechtstreekse’ verhouding opdrachtgever-hulppersoon. Kortom, de losse(re) band met een door hem ingeschakelde *zelfstandige* hulppersoon verklaart mede waarom de art. 6:171-opdrachtgever minder snel ‘verantwoordelijk’ is voor diens gedrag dan in geval van een opdrachtgever en een *ondergeschikte* hulppersoon als bedoeld in art. 6:170.<sup>81</sup> In plaats van ‘zeggenschap’ is art. 6:171 sterk geënt op de gedachte van ‘eenheid van onderneming’. Daarvan is in de praktijk, mede gelet op de in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeelden, niet snel sprake: (de aard van) de activiteiten van de zelfstandige hulppersoon dienen (zeer) nauw verbonden te zijn met het bedrijf van de opdrachtgever vooraleer art. 6:171 zich voor toepassing leent.

Een verklaring voor de ruime versus restrictieve uitleg van respectievelijk art. 6:170 en 6:171, is vermoedelijk voorts gelegen in het feit dat een aansprakelijkheid voor *ondergeschikte* hulppersonen van oudsher bestaat en alom in Europa is aanvaard. Daarbij wordt traditiegetrouw een ruim beschermingsbereik voorgestaan.<sup>82</sup> Art. 6:171 daarentegen heeft in Europees perspectief een *status aparte*, door af te wijken van wat in vrijwel alle Europese rechtstelsels aanvaardbaar wordt geacht.<sup>83</sup> Gelet op het gegeven dat Nederland met art. 6:171 derhalve een uitzonderingspositie inneemt,<sup>84</sup> ligt een voorzichtige koers met art. 6:171 in de rede en komt terughoudendheid bij de toepassing daarvan niet onlogisch voor.<sup>85</sup>

79 Lubach 2005, p. 519.

80 Tjong Tjin Tai 2006, p. 70; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 99. Zie ook par. 7.5.2.

81 Zie ook A-G Spier in zijn conclusie sub 3.3.2 voor HR 11 maart 2011, *NJ* 2012/388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*), alsmede de *NJ*-noot van Verstappen sub 7, waarin wordt aangegeven dat kwalitatieve aansprakelijkheid voor fouten van derden minder voor de hand ligt naarmate degene die heeft gehandeld verder van de aangesprokene afstaat (bij een nauwere relatie past een ruimere aansprakelijkheid), alsmede dat betekenis toekomt aan de vraag in welke mate sprake is van zeggenschap over de foutief handelende persoon.

82 Zie Parl. gesch. Boek 6, p. 710-714 voor rechtsvergelijkende opmerkingen in deze zin. Zie ook Oldenhuis 1985, p. 37-40, alsmede Hoekzema 2000, p. 46.

83 A-G Spier spreekt in zijn conclusie voor het arrest *Delfland/Stoeterij* sub 3.1. en 3.2 ervan dat art. 6:171 ‘een buitenbeentje’ in Europa is. Van dezelfde strekking is zijn conclusie voor *Koeman/Sijm Agro*, sub 4.6.3. Zie voorts Van Dam 2013, nr. 1607-3, over de aansprakelijkheid voor hulppersonen in de rechtstelsels van Frankrijk, Duitsland en Engeland: ‘The systems are unanimous in that the liability rules apply only to relationships of subordination and not to relationships with independent contractors.’ In HR 11 maart 2011, *NJ* 2012/388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*) is onder verwijzing naar het arrest *Delfland/Stoeterij* zelfs expliciet overwogen dat art. 6:171 vanwege haar ‘uitzonderlijke karakter’ restrictief moet worden uitgelegd.

84 Lubach 2005, p. 405-406, 439-459. Illustratief is dat in art. 6:102 lid 1 PETL een aansprakelijkheid voor *hulppersonen* in algemene zin is neergelegd, waarop lid 2 van art. 6:102 PETL *zelfstandige* hulppersonen expliciet uitzondert.

85 A-G Spier spreekt in zijn conclusie voor het arrest *Delfland/Stoeterij* sub 3.1. en 3.2 ervan dat weinig reden bestaat om ‘nog meer’ uit de pas te gaan lopen met hetgeen in de meeste andere Europese landen wordt aangenomen. Zie in deze richting ook HR 11 maart 2011, *NJ* 2012/388, m.nt. Verstappen (*Van Zundert/Kort*).

Toch bestaat ook een duidelijke overeenkomst tussen de aansprakelijkheden van art. 6:170 en art. 6:171. Ik doel op de zogeheten ‘vereenzelvigingsleer’, die voor deze beide aansprakelijkheden in bepaalde gevallen als een alternatief wordt gezien.<sup>86</sup> In geval van ‘vereenzelviging’ gaat het niet om een kwalitatieve aansprakelijkheid voor het gedrag van *een ander*, maar om een aansprakelijkheid uit *eigen* onrechtmatige daad op grond van art. 6:162.<sup>87</sup> Bezien we degene die op voet van art. 6:170 of 171 een hulppersoon inschakelt, dan kan het zo zijn dat het ‘foutieve’ gedrag van deze laatste *in het maatschappelijk verkeer* als gedraging van diens opdrachtgever heeft te gelden.<sup>88</sup> Zodoende kunnen fouten van hulppersonen rechtens als *eigen* fouten van de art. 6:170- en art. 171-opdrachtgever hebben te gelden, hetgeen tot een aansprakelijkheid van de betreffende opdrachtgever leidt op grond van art. 6:162.<sup>89,90</sup>

Geconcludeerd kan worden dat art. 6:170 kort gezegd een royaal bereik kent waarbij ‘zegenschap’ een centrale rol vervult, terwijl art. 6:171 restrictief wordt toegepast aan de hand van ‘eenheid’. Gezien deze verschillen tussen art. 6:170 en 171 is een boeiende vraag wat de plek ten opzichte van deze beide aansprakelijkheden is van art. 6:181, dat in plaats van het gebruik van *hulp personen* ziet op het gebruik van *hulpzaken*.<sup>91</sup> Wordt de toepassing van art. 6:181, bijvoorbeeld de uitleg van haar ‘bedrijfsbegrip’, geïnspireerd op art. 6:171, dan ligt een kwalitatieve aansprakelijkheid van de klassieke overheid die zich (als niet-bezitter) bij haar taakvervulling bedient van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde *hulpzaken* niet in de rede. De klassieke overheid valt daarentegen wél onder het bereik van art. 6:170. In het Inleidende hoofdstuk (par. 1.1.1) werd ten aanzien van de klassieke overheid al gewezen op de regelmatige inzet van bijvoorbeeld dieren door de politie ter handhaving van de openbare orde.

Of voor de toepassing van art. 6:181 aansluiting bij art. 6:170 dan wel 171 wordt gezocht, is ook van belang voor het manegebedrijf dat ter aankleding van een open dag eenmalig een luchtkussen huurt ter vermaak van de jonge kinderen van potentiële nieuwe leden. Wanneer de uitleg van art. 6:181, in dit geval zijn functioneel verband-vereiste, wordt geïnspireerd op het restrictieve art. 6:171, is verdedigbaar dat het door art. 6:173 bestreken luchtkussen niet ‘in de uitoefening van’ het

86 Hoekzema 2000, p. 83 e.v.; Lubach 2005, p. 35-38, 303 e.v. Hoekzema 2000, p. 221-223 ziet het stelsel van kwalitatieve aansprakelijkheid zelfs als een aanvulling op de vereenzelvigingsleer.

87 HR 6 april 1979, NJ 1980/34, m.nt. CJHB (*Kleuterschool Babel*).

88 Relevant zijn onder meer de strekking van de overtreden norm, de positie van de aangestelde en de concrete gedragingen en omstandigheden, vgl. Hoekzema 2000, p. 107-112; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/325-328; Oldenhuis 2014, p. 48, 69, 101-104.

89 Zie bijv. HR 25 juni 2010, NJ 2010/371 (*Provincie Gelderland/Vitesse*). Toepassing van de vereenzelvigingsleer laat de eigen aansprakelijkheid ex art. 6:162 van de hulppersoon overigens onverlet: de ‘foutieve’ gedraging blijft namelijk zijn feitelijke gedraging waarvoor hij ex art. 6:162 persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden, zie Hoekzema 2000, p. 184, 221.

90 Dat de vereenzelvigingsleer een alternatief kan vormen voor de aansprakelijkheid van art. 6:170 en 171 maar – zoals later in deze studie nog zal blijken – niet voor die van art. 6:181, is relevant voor de uitleg van het bedrijfsbegrip van laatstgenoemde bepaling. Zie nader par. 6.5.3.1.

91 Voor regresnemers is nog relevant dat art. 6:170, in tegenstelling tot art. 6:171, niet is opgenomen in de zogeheten tijdelijke regeling verhaalsrechten van art. 6:197. Art. 6:170 was ten tijde van de invoering van afd. 6.3.2 BW in 1992 namelijk al geldend recht vanwege art. 1403 lid 3 OBW, terwijl art. 6:171 een ten opzichte van het oude recht ‘nieuwe’ aansprakelijkheid betrof. Voor art. 6:181 is relevant dat alleen art. 6:179 (jo. 181) niet in art. 6:197 is uitgesloten omdat deze aansprakelijkheid in 1992 eveneens al als geldend recht werd beschouwd. Zie par. 3.3.2.

manegebedrijf in de zin van art. 6:181 wordt gebruikt. Het aanbieden van ‘lucht-kussenvermaak’ en het geven van paardrijlessen zijn – naar hun aard en ook uiterlijk – immers gescheiden bedrijfsactiviteiten. Dat het gebruik van een luchtkussen in nogal ver verwijderd verband staat met de (eigenlijke) bedrijfsactiviteiten van de manege, is minder relevant zodra art. 6:170 dienst doet als oriëntatiepunt voor de toepassing van art. 6:181. De art. 6:170-factor ‘zeggenschap’ – wie heeft op het moment van het gebruik zeggenschap over het luchtkussen en de daaraan verbonden risico’s, wie ‘wekt’ deze op? – wijst met haar ruime bereik daarentegen wél in de richting van een kwalitatieve aansprakelijkheid van de manege op grond van art. 6:181.

In het navolgende wordt gezien hoe de grenzen van art. 6:181 getrokken zouden kunnen worden. Geldt geïnspireerd op art. 6:170 als uitgangspunt een ruime uitleg? Of is in de geest van art. 6:171 juist een terughoudende benadering geboden? En hoe zit het met de gezichtsbepalende factoren ‘zeggenschap’ en ‘eenheid’?

## 5.4 Plaatsbepaling van art. 6:181

### 5.4.1 *Art. 6:170 als inspiratiebron voor de toepassing van art. 6:181*

De aansprakelijkheden van art. 6:170, 171 en 181 zijn zoals gezegd als ‘gelijksoortig’ te beschouwen. Daarbij wekt art. 6:181, afgaande op de wettekst en structuur, meer associatie op met art. 6:171 dan met art. 6:170. Art. 6:171 spreekt van een aansprakelijkheid voor een niet-ondergeschikte die voor een ander ‘werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht’, terwijl art. 6:181 vergelijkbaar geformuleerd een aansprakelijkheid bevat voor zaken ‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’. De aansprakelijkheid van art. 6:170 is op dit punt op een afwijkende wijze vormgegeven: ‘Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk.’ Verder valt qua aansprakelijke persoon op dat zowel art. 6:171 als 181 ‘bedrijf’ als sleutelbegrip kent. In de parlementaire geschiedenis wordt dit begrip, in het bijzonder het onderscheid met de term ‘beroep’, bovendien voor beide bepalingen gezamenlijk verdedigd.<sup>92</sup> Art. 6:170 is ook hier anders (en verhullender) opgebouwd: uit lid 2 van art. 6:170 blijkt dat het eerste lid betrekking heeft op een brede(re) groep opdrachtgevers, te weten iedere rechtspersoon en ieder natuurlijk persoon, mits beroeps- of bedrijfsmatig handelend. Voorts springt ten aanzien van het functioneel verband tekstueel gezien een gelijkenis tussen art. 6:171 en 181 in het oog. Laatstgenoemde bepaling spreekt van het gebruik van een zaak ‘in de uitoefening van’ het bedrijf van de gebruiker, terwijl art. 6:171 spreekt van werkzaamheden van de niet-ondergeschikte ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van de opdrachtgever. En ook hier wijkt art. 6:170 lid 1 af, door het functioneel verband-vereiste uit te drukken door middel van het element van kansvergroting en een zeggenschapseis. Hierbij komt nog dat in de parlementaire

---

92 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

geschiedenis het op *zaken* betrekking hebbende art. 6:181 tot twee maal toe als ‘tegenhanger’ van het voor *personen* geldende art. 6:171 is aangemerkt.<sup>93</sup> Tot slot valt vanuit historisch perspectief een vergelijking te trekken tussen art. 6:171 en 181: de aansprakelijkheid voor hulppersonen van art. 1403 lid 3 OBW was niet van toepassing op niet-ondergeschikten, terwijl het oude recht geen andere, met art. 6:171 vergelijkbare aansprakelijkheid kende.<sup>94</sup> Voor art. 6:181 geldt dat het OBW evenmin een daarmee vergelijkbare bepaling kende. Waar art. 6:170 ten tijde van de invoering in 1992 reeds als geldend recht werd beschouwd, werden zowel art. 6:171 als art. 6:181 toen als geheel nieuwe aansprakelijkheden tot wet verheven. Op het eerste gezicht lijkt het dan ook geëigend bij de uitleg van art. 6:181 aansluiting te zoeken bij art. 6:171. Zo meent bijvoorbeeld ook Lubach dat bij art. 6:181 zoveel mogelijk ‘dezelfde maatstaven’ aangelegd moeten worden als die ook worden gehanteerd bij het bepalen van de grenzen van art. 6:171. Hij spreekt van een ‘parallele interpretatie’ van beide bepalingen, die zijns inziens ook past bij het feit dat in de wetsgeschiedenis art. 6:181 wel de tegenhanger van art. 6:171 wordt genoemd.<sup>95</sup> Een op art. 6:171 geïnspireerde uitleg van art. 6:181 zou leiden tot een restrictieve toepassing van art. 6:181 gebaseerd op ‘eenheid’.

Een nadere beschouwing wijst in mijn ogen echter anders uit, namelijk dat art. 6:181 de meeste verwantschap vertoont met art. 6:170, zodat juist een ruim toepassingsbereik van art. 6:181 in de rede ligt waarbij ‘zeggenschap’ een centrale rol vervult. Doorslaggevend acht ik dat aan de basis van art. 6:170 en 171 het onderscheid tussen de ondergeschiktheid en zelfstandigheid van de ingeschakelde hulppersoon ligt. Binnen de aansprakelijkheidsregel van art. 6:171 wordt zodoende een duidelijke paradox aangetroffen. Het onderscheidende kenmerk van een niet-ondergeschikte hulppersoon is dat hij zich als juridisch zelfstandige en economisch onafhankelijke entiteit in het maatschappelijk verkeer beweegt. In de regel heeft de niet-ondergeschikte hulppersoon een eigen bedrijf (zzp’er) ofwel wordt in de eerste plaats gewerkt in het bedrijf dat voor de toepassing van art. 6:171 de hulppersoon vormt. Een dergelijke hulppersoon werkt zodoende in beginsel juist *niet* in het bedrijf van een ander. De vraag bij art. 6:171 is of desondanks voor fouten bij deze zelfstandige, eigen bedrijfsuitoefening *een ander* aansprakelijk kan zijn, omdat deze zijn begaan in het bedrijf van die ander. Aldus is aan de regel van art. 6:171 een zekere spanning inherent: aan de ene kant het dienen van het *eigen* bedrijfsbelang door de zelfstandige hulppersoon en aan de andere kant het verrichten van werkzaamheden ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van een *ander*, de in art. 6:171 bedoelde opdrachtgever.<sup>96</sup>

Bezien we art. 6:181, dan blijkt ten eerste – nogal voor de hand liggend – dat voor zaken en dieren één regime geldt: waar bij art. 6:170 en 171 wordt onderscheiden in *de soort* hulppersoon (ondergeschikt versus niet-ondergeschikt), wordt bij

93 Parl. gesch. Boek 6, p. 727 en p. 745.

94 Lubach 2005, p. 37.

95 Lubach 2005, p. 370-371.

96 Zo ook Lubach 2005, p. 241-242; Lubach 2006, p. 48-49.

art. 6:181 op het gebied van zaken geen onderscheid gemaakt in ‘ondergeschiktheid’ of ‘zelfstandigheid’.<sup>97</sup> Belangrijker acht ik het dat binnen art. 6:181 een met art. 6:171 vergelijkbaar spanningsveld niet wordt aangetroffen. Bij het binnenhalen door de bedrijfsmatige gebruiker van zaken en dieren in zijn risicosfeer is van een ‘tegenkracht’ – vergelijkbaar met de *zelfstandigheid* van de ingeschakelde hulppersoon uit art. 6:171 – geen sprake. De in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren worden ‘direct’ ingezet in het bedrijf van de in art. 6:181 bedoelde gebruiker. Een spanningsveld zoals binnen art. 6:171 treffen we evenmin aan binnen de op personen betrekking hebbende regeling voor *niet*-zelfstandige hulppersonen van art. 6:170. Evenals de in art. 6:181 bedoelde hulpzaken worden de in art. 6:170 bedoelde hulppersonen, bij gebreke van een tegenkracht wegens ‘zelfstandigheid’, direct ingezet in het bedrijf van de opdrachtgever.<sup>98</sup> De in art. 6:170 en 181 bedoelde hulppersonen en -zaken zijn, anders dan een hulppersoon in de zin van art. 6:171, eenmaal ingezet (meer) ‘ingebed’ in de organisatie van de opdrachtgever/gebruiker. Nu hét onderscheid tussen het toepassingsgebied van art. 6:170 en 171 is gelegen in de ondergeschiktheid dan wel zelfstandigheid van de hulppersoon terwijl bij het gebruik van *zaken* ex art. 6:181 evenals bij de inzet van *ondergeschikten* ex art. 6:170 een ‘tegenkracht’ vanwege ‘zelfstandigheid’ ontbreekt, vertoont art. 6:181 mijns inziens meer samenhang met art. 6:170 dan met art. 6:171.<sup>99</sup> Hierbij teken ik aan dat een autonome uitleg van de (soortgelijke) criteria in art. 6:171 en 181 niet botst met de bedoeling van de wetgever, nu in de toelichting op deze beide bepalingen is opgetekend dat de termen van deze twee artikelen moeten worden uitgelegd ‘in het licht van de strekking van die bepalingen zelf’.<sup>100</sup> Kortom, de restrictieve uitleg van artikel 6:171 wordt gerechtvaardigd door de (economische) zelfstandigheid van de hulppersoon. Net zoals bij op voet van art. 6:170 ingeschakelde ondergeschikten, is bij zaken die op voet van art. 6:181 als ‘bedrijfsmiddel’ worden ingezet van een dergelijke ‘zelfstandigheid’ juist geen sprake.

#### 5.4.2 *Art. 6:181 niet als dé tegenhanger van art. 6:171*

In de parlementaire geschiedenis is zoals gezegd het op *zaken* betrekking hebbende art. 6:181 tot twee maal toe als ‘tegenhanger’ van het voor *personen* geldende art. 6:171 aangemerkt.<sup>101</sup> Hieruit volgt in mijn ogen echter niet dat (toch) juridisch-inhoudelijke samenhang tussen deze beide aansprakelijkheden bestaat. De eerste keer dat art. 6:181 in de wetgeschiedenis als ‘tegenhanger’ van art. 6:171 wordt aangemerkt, geschiedt dit in de context van het feit dat art. 6:171, anders dan

97 De contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen van art. 6:76 spreekt kortweg van ‘hulp van andere personen’ en maakt evenmin – anders dus dan de buitencontractuele equivalenten art. 6:170 en 171 – onderscheid tussen ondergeschiktheid en zelfstandigheid. Het contractuele art. 6:77 ziet kortweg op ‘hulpzaken’.

98 Zo ook Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 101.

99 Vgl. in die zin reeds Kolder 2010, p. 295-307, alsook mijn noot in *JA* 2011/56 (*Loretta*) en in *JA* 2014/59 (*Trainen paard op manege*).

100 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

101 Parl. gesch. Boek 6, p. 727, 745.

art. 6:170, de aansprakelijkheid van de opdrachtgever niet afstemt op een (persoonlijke) ‘fout’ van de hulppersoon maar afhankelijk stelt van diens ‘aansprakelijkheid’.<sup>102</sup> Het idee achter deze van art. 6:170 afwijkende redactie van art. 6:171 was niet eenieder direct duidelijk.<sup>103</sup> Gedurende de parlementaire behandeling van art. 6:171 zag de regering zich genoodzaakt hierop nader in te gaan, waarbij werd toegelicht dat een ‘fout’ van een ander nog altijd wel een vereiste voor de aansprakelijkheid van art. 6:171 is, zij het dat dit een ‘fout’ van de hulppersoon zelf kan betreffen maar ook een ‘fout’ van een door deze zelf weer ingeschakelde (ondergeschikte of zelfstandige) hulppersoon. Dat art. 6:171 toch de term ‘fout’ bezigt, strekt er volgens de toelichting toe de aansprakelijkheid van de hulppersoon voor zaken van de bepaling uit te sluiten. De aansprakelijkheid voor zaken van degene die een bedrijf uitoefent, wordt volgens de toelichting namelijk beheerst door art. 6:181 ‘dat als een tegenhanger van art. [6:171] kan worden gezien.’<sup>104</sup>

Hier leert *close reading* allereerst dat art. 6:181 in de toelichting wordt aangemerkt als ‘een’ tegenhanger – en niet als ‘de’ tegenhanger – van art. 6:171, hetgeen de ruimte laat dat art. 6:181 ook nog ‘tegenhanger’ van een andere aansprakelijkheid is. Daarvoor komt dan art. 6:170 in aanmerking, aangezien voor deze bepaling in relatie tot art. 6:181 dezelfde tegenstelling geldt als voor art. 6:171 ten opzichte van art. 6:181: een aansprakelijkheid voor *hulppersonen* (art. 6:170/171) versus een aansprakelijkheid voor *hulpzaken* (art. 6:181). Aldus is art. 6:181 niet alleen te beschouwen als ‘tegenhanger’ van art. 6:171 maar ook van art. 6:170. Dat in de zojuist aangehaalde wetsgeschiedenis alleen werd gesproken over de verhouding tussen art. 6:181 en 171 – en niet tevens aandacht werd besteed aan art. 6:170 – is goed verklaarbaar, nu op dat moment van de parlementaire behandeling enkel onduidelijkheid bestond over de redactie en reikwijdte van art. 6:171 – en niet over die van art. 6:170, waarin de aansprakelijkheid ‘gewoon’ was gekoppeld aan een persoonlijke ‘fout’ van de ondergeschikte. Dat art. 6:181 in de gegeven context als ‘tegenhanger’ van art. 6:171 wordt aangemerkt, heeft dan ook geen betrekking op een inhoudelijke samenhang maar juist op een tegenstelling tussen deze beide bepalingen: de ene ziet op hulppersonen, de andere op hulpzaken.<sup>105</sup> Hierbij kan nog bedacht worden dat waar art. 6:181 in de zojuist aangehaalde wetsgeschiedenis een ‘tegenhanger’ van art. 6:171 wordt genoemd, wordt toegelicht dat aansprakelijkheid ‘in een keten’ mogelijk is op grond van art. 6:171. Voor art. 6:181 geldt nu juist dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de op voet van art. 6:181 aangesprokene aansprakelijk is voor schade door een zaak die elders in een keten wordt gebruikt: lid 2 van art. 6:181 bewerkstelligt steeds een exclusieve aansprakelijkheid van ‘de laatste in de keten’.<sup>106</sup> Op grond van art. 6:170, dat de aansprakelijkheid (wel) koppelt aan een *persoonlijke* fout van de

102 Parl. gesch. Boek 6, p. 725, 727, 729.

103 Vgl. de vragen van de Vaste Commissie, Parl. gesch. Boek 6, p. 725.

104 Parl. gesch. Boek 6, p. 727.

105 Zo ook Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 97-102. Zie ook de conclusie van A-G Langemeijer sub 2.23-24 voor HR 11 mei 2005, NJ 2011/631 (*EMO/Witchin*).

106 Parl. gesch. Boek 6, p. 746. Vgl. ook Hof Arnhem 13 juni 1999, NJ 2000/58 (*Van Zijderveld/Hachmang*) en Hof Den Bosch 17 mei 2016, JA 2016/106 (*Paard Dika*). Zie ook par. 3.4 en par. 5.4.4.

hulppersoon, zal zich evenmin een met art. 6:171 vergelijkbare vorm van ‘ketenaansprakelijkheid’ voordoen.<sup>107</sup> Inhoudelijk vertoont art. 6:181 (ook) op dit punt dus meer verwantschap met art. 6:170 dan met art. 6:171.

Art. 6:181 wordt in de parlementaire geschiedenis voor de tweede keer als ‘tegenhanger’ van art. 6:171 aangemerkt in de context van de centraliseringsgedachte achter art. 6:181 (en art. 6:170 en 171): het met het oog op de opspoorbaarheid en het voorkomen van dubbele verzekeringen willen bieden van een ‘centraal adres’ voor zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken.<sup>108</sup> Ter toelichting werd het navolgende inmiddels bekende voorbeeld gegeven:<sup>109</sup>

‘[Art. 6:181] wijst aan wie aansprakelijk is in het geval dat de zaak, de stof, de opstal of het dier wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf. In dit geval wordt de aansprakelijkheid gelegd op degene die het bedrijf uitoefent. *Ter illustratie van de wenselijkheid van deze regel, die als tegenhanger van art. [6:171] betreffende de aansprakelijkheid voor personen kan worden gezien, wijst ondergetekende op het volgende.* Het is zeer wel denkbaar dat een ondernemer zijn bedrijf uitoefent op grond in een gebouw waarvan hij eigenaar noch erfpachter is, met machines die hij gehuurd heeft (leasing) en daarbij gevaarlijke stoffen verwerkt of bewerkt die al evenmin zijn eigendom zijn. Vindt in een dergelijk geval bijv. een explosie plaats, waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden, dan moet zich ter vaststelling van de aansprakelijkheid niet een discussie hoeven te ontketenen of de schade nu is ontstaan door een gebrek van een zaak (of een bestanddeel) die door de grond is nagetrokken en waarvan dus de grondeigenaar bezitter was (art. [6:174]), dan wel door een gebrek van een zaak die aan de ondernemer was verhuurd en waarvan dus de verhuurder bezitter was (art. [6:173]), dan wel door een gevaarlijke stof die door een derde ter verwerking was gegeven (art. [6:175]), dan wel door een zaak of een stof waarvan de ondernemer zelf bezitter was of door een *fout van een persoon waarvoor hij krachtens de artikelen [6:170] of [6:171] aansprakelijk is.*’ (curs. AK)

Aan het begin van dit citaat wordt art. 6:181 wederom als ‘tegenhanger’ – niet als ‘de’ tegenhanger – van art. 6:171 aangemerkt, terwijl art. 6:170 wederom niet wordt genoemd. Aan het einde van het citaat worden in relatie tot art. 6:181 wél zowel art. 6:170 als art. 6:171 genoemd. In de weergegeven passage drukt de toelichting uit dat wordt beoogd de aansprakelijkheid voor schade door hulppersonen en hulpzaken vanwege een ‘eenheidsgedachte’ op grond van alle drie artikelen 6:170, 171 en 181 bij ‘het bedrijf’ te concentreren. Is de explosie uit het gegeven voorbeeld het gevolg van een fout van een ondergeschikte of zelfstandige hulppersoon, dan komt art. 6:181 niet voor toepassing in aanmerking; vindt de explosie zijn oorzaak in een (gebrekkige) zaak, dan komen art. 6:170 en 171 niet voor toepassing in aanmerking. Niettemin vindt de benadeelde, of de schade nu is veroorzaakt door een fout van een persoon die bij de bedrijfsuitoefening is

107 Een en ander laat gevallen van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:170 en 181 onverlet. Bijvoorbeeld indien van twee personen tegelijk kan worden gezegd ‘opdrachtgever’ ex art. 6:170 te zijn (denk aan een in- en uitleensituatie) dan wel dat van twee personen tegelijk kan worden gezegd de betreffende zaak ex art. 6:181 in de uitoefening van hun bedrijf te gebruiken. Zo deze aansprakelijkheden zodoende al als ‘ketenaansprakelijkheden’ aangemerkt zouden worden, zijn deze van andere orde dan die zoals hier bedoeld ex art. 6:171.

108 Parl. gesch. Boek 6, p. 745.

109 Parl. gesch. Boek 6, p. 745 en 746.



ingeschakeld (art. 6:170/171) of door het falen van daarbij gebruikte zaken (art. 6:181), in ‘het bedrijf’ steeds het centrale aanspreekpunt.<sup>110</sup> Uit een en ander volgt een duidelijke samenhang tussen de art. 6:170, 171 en 181, maar wederom blijkt ook de tegenstelling: art. 6:170 en 171 zien op hulppersonen, art. 6:181 ziet op hulpzaken. Met andere woorden, ook hier blijkt art. 6:181 een tegenhanger van art. 6:170 én 171 te zijn. Het was dan ook zuiverder geweest om in de zojuist weergegeven passage over de explosie op een bedrijfsterrein, art. 6:170 niet enkel aan het einde maar ook aan het begin daarvan – waar de term ‘tegenhanger’ valt – te noemen.<sup>111</sup>

De wetsgeschiedenis waarin art. 6:181 twee keer ‘tegenhanger’ van art. 6:171 wordt genoemd, zet de argeloze lezer gemakkelijk op het verkeerde been. Anders dan hetgeen deze op het eerste oog wellicht vermoedt, volgt daaruit niet dat een inhoudelijke samenhang tussen art. 6:181 en 171 bestaat. Integendeel, de term ‘tegenhanger’ drukt juist een tegenstelling tussen art. 6:181 (hulpzaken) en 171 (hulppersonen) uit. Een tegenstelling die evengoed bestaat in de relatie van art. 6:181 met art. 6:170. Gaat het wél om de inhoudelijke samenhang, dan geldt naar mijn idee als gezegd dat vanwege de ‘zelfstandigheid’ binnen art. 6:171 en het ontbreken daarvan binnen art. 6:170 én 181, niet art. 6:171 maar art. 6:170 het oriëntatiepunt is voor de uitleg van art. 6:181.

#### 5.4.3 *Overige argumenten voor art. 6:170 als inspiratiebron ter toepassing van art. 6:181*

##### 5.4.3.1 RECHTSHISTORISCH PERSPECTIEF

Dat art. 6:181 meer verwant is aan art. 6:170 dan aan art. 6:171, wordt mijns inziens onderstreept door een rechtshistorisch perspectief. Ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheid voor ondergeschikten uit art. 1403 lid 3 OBW, de voorloper van art. 6:170, werd wel aangenomen dat ondergeschikten slechts ‘werktuigen’ zijn, instrumenten waarvan diens opdrachtgever zich bedient. Van Lennep legde in zijn proefschrift uit 1895 over art. 1403 lid 3 OBW zodoende zelfs een direct verband tussen de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor ondergeschikten en die voor ‘machines’ waarvan hij zich in de uitoefening van zijn bedrijf bedient:

‘immers de arbeider is ten slotte in de oogen van zijn patroon slechts een machine. Evenals een ondernemer die groote ziellooze krachten in den vorm van machines in beweging zet, de ongelukken die daardoor ontstaan, moet vergoeden (...) zoo ook moet hij, die anderen te zijnen behoeve aan ’t werk zet, de schade dragen die iemand wordt toegebracht.’<sup>112</sup>

110 Lubach 2005, p. 370-371; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230. Zie over deze samenhang tussen art. 6:181 enerzijds en anderzijds art. 6:171 én 170 ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7.

111 In de in de vorige noot genoemde *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7, wordt ook verwezen naar de zojuist besproken passage uit de wetsgeschiedenis over de explosie op een bedrijfsterrein (Parl. gesch. Boek 6, p. 745, punt 3), waar toen nog enkel art. 6:171 werd genoemd als bepaling waarvan art. 6:181 ‘tegenhanger’ zou zijn. Uit deze toelichting op de Aanvullingswet, waarin de onderlinge samenhang tussen art. 6:170, 171 en 181 aan de orde wordt gesteld, blijkt eveneens dat het destijds op zijn plaats was geweest daarbij óók art. 6:170 te noemen.

112 Van Lennep 1895, p. 56-57.

Omdat het zijn ‘werktuig’ is, behoort de opdrachtgever aansprakelijk te zijn voor door zijn ondergeschikte veroorzaakte schade. Deze wel verdedigde ratio van (de voorloper van) art. 6:170 is in feite de rechtsregel van het huidige art. 6:181: worden de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde ‘werktuigen’ in de uitoefening van een bedrijf gebruikt, dan rust de aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade op degene die dit bedrijf uitoefent. Gedacht vanuit de ‘instrumentaliteits-theorie’<sup>113</sup> passen art. 6:181 en 170 dus goed bij elkaar. Deze theorie gaat niet, althans moeizamer op in geval van de inschakeling van een *zelfstandige* hulppersoon, aangezien de ‘instrumentaliteit’ bij diens opdrachtgever dan ontbreekt. Alleen schade door gedragingen van hulppersonen die als *het werktuig* van hun opdrachtgever beschouwd kunnen worden, wordt langs hen teruggevoerd tot deze opdrachtgever. Waar de hulppersonen en -zaken uit art. 6:170 en 181 als ‘werktuig’ van de opdrachtgever/gebruiker zijn te beschouwen, geldt dit vanwege diens zelfstandigheid in beginsel niet voor een in art. 6:171 bedoelde hulppersoon. Voor diens – in zelfstandigheid verrichte – schadeveroorzakende gedragingen is de opdrachtgever in beginsel dan ook niet ‘verantwoordelijk’.<sup>114</sup> In dit perspectief is overigens te herkennen dat in geval van het ‘gebruik’ van *ondergeschikten* (art. 6:170) en *zaken* (art. 6:181), bij het door deze ‘werktuigen’ in de risicosfeer vallen van de opdrachtgever/gebruiker, een ‘tegenkracht’ vergelijkbaar met de zelfstandigheid van de niet-ondergeschikte hulppersoon (art. 6:171) ontbreekt.

#### 5.4.3.2 WETSSYSTEMATISCH PERSPECTIEF

Ook wetssystematisch heeft art. 6:181 meer gemeen met art. 6:170 dan met art. 6:171. Op het terrein van de aansprakelijkheid voor zaken staat de gebruikers-aansprakelijkheid ex art. 6:181 ‘voorop’ in relatie tot de bezittersaansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 en 179. De aansprakelijkheid van de bezitter heeft een ‘vangnet-functie’. Pas wanneer geen bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 valt aan te wijzen, komt de bezitter als aansprakelijke in beeld.<sup>115</sup> Met betrekking tot art. 6:170 en 171 valt een vergelijkbare verhouding te herkennen. Op het gebied van de aansprakelijkheid voor personen kwalificeert art. 6:170 als het primaat, waarvan art. 6:171 het complement vormt.<sup>116</sup> Pas wanneer van ‘ondergeschiktheid’ in de zin van art. 6:170 geen sprake is, komt de toepassing van art. 6:171 in beeld. Wetssystematisch zijn derhalve zowel art. 6:181 als 170 vormgegeven als ‘hoofdregel’, ten opzichte waarvan de aansprakelijkheid van de bezitter ex art. 6:173, 174 en 179 respectievelijk die van de opdrachtgever ex art. 6:171 als ‘vangnet’ of ‘aanvulling’ zijn te beschouwen.

Een ander wetssystematisch aspect is dat art. 6:171 een cumulatieve aansprakelijkheid (en draagplicht) van de zelfstandige hulppersoon (ex art. 6:162) én diens opdrachtgever (ex art. 6:171) met zich brengt. Voorts betekent de toepassing van art. 6:171 niet dat alleen de opdrachtgever op kwalitatieve grondslag is aan te

<sup>113</sup> Van Lennep 1895, p. 59-60.

<sup>114</sup> Van Lennep 1895, p. 61-69. Zodoende is het weinig verrassend dat het OBW alleen een aansprakelijkheid voor ondergeschikten kende, en niet ook een voor zelfstandige hulppersonen. Treffend is ook dat het huidige art. 6:171 vanuit Europees perspectief een ‘buitenbeentje’ is, zie par. 5.3.3 en par. 5.4.3.3.

<sup>115</sup> Zie reeds par. 4.4 en 4.5.

<sup>116</sup> Lubach 2005, p. 163 e.v.

spreken voor bij de opgedragen werkzaamheden gemaakte ‘fouten’: de zelfstandige hulppersoon zélf kan daarvoor ook op kwalitatieve grondslag aansprakelijk zijn. Art. 6:181 volgt een ander spoor, aangezien deze bepaling in geval van schade door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken geen cumulatieve aansprakelijkheid van de bezitter<sup>117</sup> én bedrijfsmatige gebruiker meebrengt, maar een exclusieve aansprakelijkheid van laatstgenoemde.<sup>118</sup> Bezien we in dit opzicht het systeem van art. 6:170, dan veronderstelt dit een cumulatieve aansprakelijkheid van de ondergeschikte (ex art. 6:162) én diens opdrachtgever (art. ex 6:170).<sup>119</sup> In de praktijk worden in geval van schade door een ondergeschikte de pijlen echter eerst en vooral gericht op diens opdrachtgever. Bovendien zal ingevolge art. 6:170 lid 3 de draagplicht in het algemeen ook steeds op deze opdrachtgever rusten.<sup>120</sup> Tot slot geldt dat voor de art. 6:170-hulppersoon zélf, anders dan voor de art. 6:171-hulppersoon, geen kwalitatieve aansprakelijkheid voor fouten van anderen kan gelden. Kortom, waar op het terrein van art. 6:171 in uitgangspunt náást de opdrachtgever ook de hulppersoon zelf aansprakelijk/draagplichtig is, is op het gebied van art. 6:181 en 170 de facto steeds alleen de gebruiker/opdrachtgever aansprakelijk/draagplichtig. Zo beschouwd tonen art. 6:181 en 170 ook in hun ‘exclusiviteit’ gelijkenis.<sup>121</sup>

#### 5.4.3.3 RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

Ook vanuit rechtsvergelijkend perspectief ligt art. 6:181 dichter tegen art. 6:170 aan dan tegen art. 6:171. Voor de aansprakelijkheidsregel van art. 6:171 geldt als gezegd dat deze afwijkt van hetgeen in andere Europese rechtstelsels wordt aanvaard, waarin wel aanleiding wordt gevonden deze aansprakelijkheid terughoudend toe te passen. Voor art. 6:170 gaat daarentegen op dat een aansprakelijkheid voor ondergeschikten in Europa onomstreden is. Reeds van oudsher kent art. 1403 lid 3 OBW een ruime uitleg, welke trend met art. 6:170 is voortgezet en ook alom wordt aanvaard.<sup>122</sup> Voor wat betreft art. 6:181 leert een blik over de grens dat geen van de ons omringende rechtstelsels een met deze bepaling vergelijkbaar vormgegeven aansprakelijkheid kent.<sup>123</sup> Op het eerste oog lijkt art. 6:181 aldus meer gemeen te hebben met art. 6:171 dan met art. 6:170. Ook hier geldt echter dat een nadere beschouwing anders uitwijst.

117 Inclusief de ‘bijzondere’ personen waarvoor hij inwisselbaar is. Zie nader par. 3.5.2.

118 Voor art. 6:181 geldt bovendien dat deze aansprakelijkheid niet is gekoppeld aan een ‘fout’ van een ander, maar (te) kort gezegd aan een bepaalde toestand van de zaak. Hierom is binnen art. 6:181 zelf – de schadeveroorzakende zaak zélf is immers niet aansprakelijk – steeds sprake van één aansprakelijke persoon.

119 Vgl. HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.3.3 sub c, alwaar wordt aangegeven dat naar huidig recht de benadeelde in beginsel de betrokken ondergeschikte ook persoonlijk kan aanspreken tot vergoeding van door hem veroorzaakte schade.

120 In de literatuur komt zodoende met zekere regelmaat de vraag voorbij, of het niet wenselijk is de persoonlijke aansprakelijkheid van de ondergeschikte maar ‘gewoon’ af te schaffen of drastisch te reduceren. Zie Klaassen 2003, p. 21-48; Hartlief 2016, p. 48-53.

121 In deze zin ook Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 101.

122 Zie nader voor een en ander par. 5.3.3.

123 Zo ook A-G Langemeijer in zijn conclusie sub 2.14 voor het *Loretta*-arrest.

Dat het buitenland een bepaling als art. 6:181 als zodanig niet kent, betekent namelijk nog niet dat art. 6:181 in vergelijking met andere Europese rechtstelsels (ook) als ‘vreemde eend in de bijt’ kan worden aangemerkt. Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:181 dat bij de totstandkoming van deze bepaling juist inspiratie is opgedaan in het buitenland, en wel bij de daar voorkomende ‘aansprakelijkheid voor gevaarlijke activiteiten’.<sup>124</sup> Achter art. 6:181 schuilt dus een kerngedachte die ook in buitenlandse rechtstelsels wordt gedeeld. Verder mag de juridisch-technische vormgeving van art. 6:181 dan weliswaar zuiver Nederlands zijn, maar rechtsvergelijkend onderzoek leert dat deze juridisch-inhoudelijk niettemin tot met in het buitenland vergelijkbare resultaten leidt. Zo wordt in Frankrijk, België, Duitsland en Engeland de aansprakelijkheid voor roerende zaken en dieren gelegd op respectievelijk de ‘gardien’, ‘bewaarder’, ‘Halter’ en ‘keeper’.<sup>125</sup> Het gaat er steeds om wie verantwoordelijk is voor de zaak of het dier, op wie de taak rust deze/dit te beheren en daarop toezicht te houden.<sup>126</sup> Aansluiting wordt gezocht bij degene met de controle over de zaak of het dier (en de daaraan verbonden risico’s), bij wie in de beste positie verkeert risico’s te minimaliseren en schade te voorkomen. Ook komt betekenis toe aan de vraag wie het profijt van de zaak heeft, maar beslissend wordt dit niet geacht. In deze optiek is ‘bedrijfsmatig gebruik’ uit art. 6:181 in grote mate vergelijkbaar met de buitenlandse begrippen als ‘beheerder’ en ‘houder’, waar ook in het buitenland een voorkeur ligt besloten voor de *bedrijfsmatig* betrokkene.<sup>127</sup> Zou bijvoorbeeld de *Loretta*-casus in de rechtstelsels van de ons omringende landen worden beoordeeld, dan zou het daarbij erop zijn aangekomen of de manege, die paard Loretta tegen betaling ter belering onder zich had, kan worden aangemerkt als de ‘gardien’, ‘bewaarder’, ‘Halter’ of ‘keeper’ van dit dier. Omdat de manege langdurig de controle had over de aan het dier verbonden risico’s en ook profijt trok van de activiteiten, zou zij als zodanig zijn aangemerkt. Zodoende zou in de hiervoor genoemde landen tot eenzelfde resultaat zijn gekomen als met art. 6:181 in Nederland. Hoewel ongetwijfeld krasse gevallen denkbaar zijn waarin de uitkomst in Nederland anders uitpakt dan in het buitenland, wordt in de ons omringende rechtstelsels – althans de stelsels die terzake een *strict liability* kennen – over het algemeen een met art. 6:181 vergelijkbare aansprakelijkheid voor roerende zaken en dieren aanvaard.

Een verschil tussen het Nederlandse systeem en de ons omringende rechtstelsels is dat in daarin opgenomen specifieke regelingen betreffende schade door instortende gebouwen de aansprakelijkheid in beginsel *uitsluitend* wordt gelegd bij de eigenaar/bezitter,<sup>128</sup> terwijl op grond van art. 6:181 jo. 174 de aansprakelijkheid voor opstallen rust op *hetzij* de eigenaar/bezitter *hetzij* de bedrijfsmatige gebruiker.

124 Parl. gesch. Boek 6, p. 746-747.

125 Van Dam 2013, nr. 1401 (Frankrijk, Duitsland en Engeland); Vansweevelt en Weyts 2009, nr. 739 en 922-923 (België). Duitsland en Engeland kennen geen algemene zelfstandige aansprakelijkheidsgrond voor gebrekkige roerende zaken, zie Van Dam 2013, nr. 1401. In Frankrijk wordt overigens gepoogd de Code civil, waaronder het aansprakelijkheidsrecht, te moderniseren, waarover nader Castermans e.a. 2017.

126 Van Dam 2013, nr. 303-3, 304, 1401 en 1402 (Frankrijk), nr. 405-1, 1401 en 1402 (Duitsland), nr. 1401 en 1402 (Engeland); Vansweevelt en Weyts 2009, nr. 740-744 en 922-928 (België).

127 Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest.

128 Art. 1386 Cc (propriétaire); art. 836 en 837 BGB (Besitzer); Occupiers’ Liability Acts 1957 en 1984 (occupier) en art. 1386 Belgisch BW (eigenaar). Zie nader Van Dam 2013, nr. 1502-1 (Frankrijk), 1503-1 (Duitsland) en 1504-1 (Engeland); Vansweevelt en Weyts 2009, nr. 976 en 977 (België).

Toch zijn ook nu de verschillen minder groot dan deze op het eerste oog lijken te zijn. Zo zijn de aansprakelijkheden voor zaken in Frankrijk en België met als aansprakelijke persoon de ‘gardien’ *niet* beperkt tot roerende zaken.<sup>129</sup> De (uitsluitende) aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw geldt enkel voor schade door de *instorting* daarvan. Dit laat ruimte om in geval van schade door een opstal *anders* dan door een instorting de ‘gardien’ aansprakelijk te achten, welke persoon als gezegd overeenkomsten vertoont met ‘onze’ bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:181.

Voorts geldt dat wanneer het in de landen om ons heen wél gaat om een instorting van een gebouw met (uitsluitend) de eigenaar/bezitter als aansprakelijke persoon, in Nederland in de meeste van dergelijke gevallen de aansprakelijkheid óók op de eigenaar/bezitter zal rusten (vgl. de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1).<sup>130</sup> De instorting van een gebouw zal immers doorgaans losstaan van het bedrijf dat veelal ‘toevallig’ in dat gebouw wordt uitgeoefend.<sup>131</sup> ‘Er is geen reden om hier af te wijken van wat vanouds in Nederland en in de ons omringende landen op dit punt geldt’, aldus ook de toelichting op artikel 6:174 in dit verband over de aansprakelijkheid van de eigenaar/bezitter van opstallen.<sup>132</sup>

Tot slot wijs ik erop dat art. 6:181 jo. 174 de aansprakelijkheid voor schade door een gebrekkige opstal steeds tracht te leggen bij degene die de grootste mate van ‘verantwoordelijkheid’ draagt voor het ontstaan van die schade.<sup>133</sup> Dit komt mij als een redelijker risicoverdeling voor dan het in werkelijk alle gevallen kwalitatief aansprakelijk achten van de eigenaar/bezitter. Relevant in dit verband is dat in Frankrijk en België steeds meer stemmen opgaan om ook in geval van een instorting van een gebouw daarnaast tóch de algemene aansprakelijkheid voor zaken, met de ‘gardien’ en ‘bewaarder’ als aansprakelijke persoon,<sup>134</sup> toe te passen. Sterker nog, de ‘gardien’ en ‘bewaarder’ lijken in geval van een instorting de eigenaar van het gebouw als aansprakelijke persoon te verdringen.<sup>135</sup> De aansprakelijkheid voor opstallen rust daarmee dan evenals in Nederland steeds op degene die geacht wordt (de meeste) invloed te kunnen uitoefenen op de aan de opstal verbonden risico’s. Relevant is voorts dat de definitie van de ‘occupier’, de in Engeland aansprakelijke persoon in geval van schade door een opstal, in grote mate overeenkomt met de definitie van de Franse ‘gardien’.<sup>136</sup> Tot slot blijkt ook in Duitsland een zekere verfijning te gelden voor wat betreft het aanwijzen van de voor opstallen aansprakelijke persoon: art. 836 BGB legt de aansprakelijkheid op de bezitter van de grond waarmee de opstal verbonden is, terwijl art. 837 BGB in geval van een opstal op de grond van een ander bepaalt dat de aansprakelijkheid niet op de bezitter van de grond rust (art. 836 BGB) maar op de bezitter van de opstal. Hiermee is beoogd de aansprakelijkheid te leggen op degene die in de beste positie verkeert

129 Van Dam 2013, nr. 304 en 1502-1 (Frankrijk); Vansweevelt en Weyts 2009, nr. 996 en 997 (België).

130 Zie over deze clausule nader par. 7.6.5.1.

131 Vgl. Oldenhuis en Kolder 2012, p. 33. Zie ook de uitkomst in HR 26 november 2010, NJ 2010/636 (DB/Edco), waarin ondanks (‘toevallig’) bedrijfsmatig gebruik door een ander, ingevolge art. 6:181 jo. 174 de aansprakelijkheid voor de door de opstal veroorzaakte schade rustte op de eigenaar daarvan.

132 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

133 Zie nader par. 7.6.5, alsook Kolder 2018, p. 9-15.

134 Respectievelijk art. 1384 Cc en art. 1384 Belgisch BW.

135 Van Dam 2013, nr. 1502-1 (Frankrijk); Vansweevelt en Weyts 2009, nr. 996-998 (België).

136 Van Dam 2013, nr. 1504-1.

de aan de opstal verbonden risico's te minimaliseren en schade te voorkomen.<sup>137</sup> Vermeldenswaard is voorts dat art. 838 BGB nog bepaalt dat wanneer iemand het onderhoud van het gebouw van de bezitter heeft overgenomen of op grond van een gebruiksrecht tot onderhoud gehouden is, diegene op gelijke wijze als de bezitter aansprakelijk is voor door de opstal veroorzaakte schade.<sup>138</sup>

Al met al blijkt derhalve dat (ook) op het terrein van de aansprakelijkheid voor opstallen met het Nederlandse art. 6:181 jo. 174 praktisch tot dezelfde oplossingen als in de ons omringende rechtsstelsels wordt gekomen.

Het voorgaande vindt bevestiging in de in 2005 verschenen, door de European Group on Tort Law geformuleerde Principles of European Tort Law (PETL), waarmee is getracht de kernelementen van het Europese aansprakelijkheidsrecht tot uitdrukking te brengen.<sup>139</sup> Art. 5:101 PETL kent een *strict liability* voor schade door *abnormally dangerous activities*. Uit de parlementaire totstandkoming van art. 6:181 blijkt dat deze bepaling is geïnspireerd op de destijds al in bepaalde andere landen voorkomende aansprakelijkheid voor gevaarlijke activiteiten.<sup>140</sup> Daarbij speelt het gebruik van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken vaak een belangrijke rol, aldus de toelichting. Daaruit volgt ook dat niet is gekozen voor een aansprakelijkheid voor 'verhoogd gevaarlijke activiteiten', omdat dit de moeilijkheid meebrengt te bepalen wanneer daar al dan niet sprake van is, alsook de lastige vraag opwerpt op wie van de bij deze activiteiten betrokken de aansprakelijkheid dan moet worden gelegd.<sup>141</sup> Met art. 6:181 is volgens de toelichting beoogd die problematiek te voorkomen. Treffend is dat Van Boom kritisch is over art. 5:101 PETL, juist vanwege de moeilijkheid van de maatstaf 'buitengewoon gevaarlijke activiteiten' en de onduidelijkheid omtrent het aanwijzen van de daarvoor verantwoordelijke persoon.<sup>142</sup> Vermeldenswaard is nog dat 5:101 PETL geflankeerd wordt door art. 4:202 PETL, dat een *enterprise liability* kent: een op een weerlegbaar 'schuldvermoeden' gebaseerde aansprakelijkheid van degene die een bedrijf uitoefent voor schade veroorzaakt door '*auxiliaries or technical equipment*'. Een dergelijke aansprakelijkheid vervult een functie die (deels) ook in de regeling van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 is terug te vinden.<sup>143</sup>

Voorts wijs ik op de door de Study Group on a European Civil Code en de Research Group on EC Private Law (Acquis Group) opgestelde Draft Common Frame of Reference (DCFR), waarmee is getracht een blauwdruk te geven voor een toekomstig Europees verbintenissen- en goederenrecht.<sup>144</sup> De in 2009 gepubliceerde DCFR kent geen *accountability without intention or negligence* voor zaken in het algemeen, wel voor opstallen en dieren. Een 'geconcentreerde' aansprakelijkheid als art. 6:181 kent de DCFR niet. De aansprakelijkheid voor dieren (art. 3:203 Boek VI DCFR) rust op de 'keeper', hetgeen de persoon is met de

137 Van Dam 2013, nr. 1503-1.

138 Van Dam 2013, nr. 1503-1.

139 Zie nader in algemene zin Hartlief 2007/8.

140 Parl. gesch. Boek 6, p. 746-747.

141 Parl. gesch. Boek 6, p. 746-747.

142 Van Boom 2008, p. 3-14.

143 Vgl. Van Boom 2008, par. 2.

144 Zie nader in algemene zin De Tavernier en Van der Weide 2011, p. 121-137.

controle over het dier en die daarvan profijt heeft.<sup>145</sup> Hiervan lijkt art. 6:181 jo. 179 niet wezenlijk af te wijken. De aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen rust op de persoon die *independent control* over de opstal uitoefent (art. 3:202 Boek VI DCFR). Het gaat om een zodanige controle dat het redelijk is een (zorg)plicht op die persoon te leggen om schade te voorkomen. De eigenaar wordt beschouwd als degene die de bedoelde controle uitoefent, tenzij deze aantoonbaar dat een ander deze controle heeft.<sup>146</sup> Hiervan kan worden gezegd dat de regeling van art. 6:181 jo. 174, in het bijzonder gelet op de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1,<sup>147</sup> een vergelijkbare verdeling van het aansprakelijkheidsrisico beoogt.

Geconcludeerd kan worden dat het rechtsvergelijkend perspectief geen aanleiding geeft voor een terughoudende toepassing van art. 6:181, zoals die wel aanwezig is voor art. 6:171, dat Europeesrechtelijk als *Fremdkörper* te boek staat. Voor de aansprakelijkheid van art. 6:170 geldt zoals reeds gezegd dat deze in Europa onomstreden is. Zodoende wijst ook het rechtsvergelijkend perspectief uit dat art. 6:181 meer gemeen heeft met art. 6:170 dan met art. 6:171.

#### 5.4.4 *Art. 6:181 wordt niet volledig naar het voorbeeld van art. 6:170 geïnterpreteerd*

Ondanks dat de aansprakelijkheden van art. 6:170 en 181 in vergaande mate gelijk opgaan, valt ook een belangrijk (systeem)verschil tussen deze beide aansprakelijkheden te signaleren. Dit openbaart zich in gevallen van terbeschikkingstelling van hulppersonen en -zaken. In geval van het aan een ander ter beschikking stellen van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, bewerkstelligt lid 2 van art. 6:181 dat er in beginsel slechts één aansprakelijke partij is, te weten ‘de eindgebruiker’ c.q. ‘de laatste in de keten’. Bij het ter beschikking stellen van de in art. 6:170 bedoelde ondergeschikten geldt evenwel als uitgangspunt dat niet alleen ‘de laatste in de keten’ (de inlener; materiële werkgever) maar ook nog altijd de uitlener (formele werkgever) ex art. 6:170 aansprakelijk is.<sup>148</sup> Dit verschil tussen de toepassing van art. 6:181 (exclusiviteit) en 170 (cumulatie) is te verklaren vanuit *de aard* van deze twee aansprakelijkheden. De op grond van art. 6:170 vereiste zeggenschap zijdens de opdrachtgever om een ondergeschiktheidsrelatie te kunnen aannemen, kan zowel een feitelijk als formeel karakter hebben. Dit brengt mee dat ook wanneer ‘werk-inhoudelijke’ zeggenschap ontbreekt, vanwege niettemin bestaande ‘formeel-organisatorische’ zeggenschap toch ondergeschiktheid in de zin van art. 6:170 kan worden aangenomen. Hiertoe kan al voldoende zijn dat de opdrachtgever (enkel) zeggenschap heeft over de vraag of en op welke momenten de ondergeschikte werkzaamheden voor een ander dient uit te voeren.<sup>149</sup>

De plaatsbepaling van art. 6:181 in dit hoofdstuk heeft niet alleen uitgewezen dat dit artikel in beginsel een ruime uitleg behoort toe te komen, maar tevens dat een belangrijk aanknopingspunt voor deze aansprakelijkheid is gelegen in ‘zeggenschap’. De praktische uitwerking van deze denkrichting heeft plaatsgevonden

145 Von Bar en Clive e.a. 2009, p. 402, 557.

146 Von Bar en Clive e.a. 2009, p. 401-402.

147 Waarover nader par. 7.6.5.1.

148 De ‘uitlener’ kan overigens ook een materiële werkgever zijn (een ‘doorlener’), zie het arrest *JMV/Zurich*.

149 HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.2.

in de hoofdstukken 6 t/m 8. Zoals met betrekking tot het element zeggenschap nog uit hoofdstuk 7 zal blijken, gaat het om zeggenschap over het ‘verhoogde gevaar’ dat is verbonden aan de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Kwalitatief aansprakelijk is zodoende steeds degene die de meeste invloed op de aan deze zaken verbonden risico’s heeft en het beste in staat is schadeveroorzaking te voorkomen. Met andere woorden, zo zal eveneens nog blijken uit hoofdstuk 7, art. 6:181 wijst als aansprakelijke aan degene met een (veronderstelde) zorgplicht voor de deugdelijkheid en veiligheid van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Waar het mij nu om gaat, is dat degene die op deze wijze ingevolge art. 6:181 ‘verantwoordelijkheid’ voor (schade veroorzaakt door) een zaak draagt, met die zaak wel een zekere (sprekende) band dient te hebben. Zodra de in art. 6:181 bedoelde zaken voor gebruik ter beschikking zijn gesteld aan een ander, is het in de regel echter niet (langer) de ‘uitlener’ die de aan deze zaken verbonden ‘verhoogde’ gevaren opwekt en in staat is om verwezenlijking daarvan tegen te gaan en schade te voorkomen. In zijn plaats is het de ‘inlener’ die de meest sprekende band met de zaak heeft (verkregen) en het beste in staat is invloed op de daaraan verbonden risico’s uit te oefenen. Of vanuit het perspectief van art. 6:170 geredeneerd: degene die zeggenschap over een in art. 6:181 bedoelde zaak heeft die vergelijkbaar is met de ‘formele variant’ uit de context van art. 6:170 – een zekere ‘organisatorische’ zeggenschap kan al voldoende zijn voor aansprakelijkheid –, heeft onvoldoende invloed om schadeveroorzaking door een dergelijke hulpzaak tegen te gaan. Voor dit laatste is méér nodig, en wel een mate/vorm van zeggenschap vergelijkbaar met de ‘feitelijke variant’ uit de setting van art. 6:170. Dit betreft de zeggenschap van de ‘inlener’ onder wiens feitelijke leiding de ondergeschikte zijn werkzaamheden uitvoert en die een *directe invloed* – althans méér invloed dan de ‘uitlener’ – heeft op de daaraan verbonden risico’s (treffen van preventieve maatregelen, geven van aanwijzingen en instructies, houden van toezicht).<sup>150</sup> Degene die het ‘gebruikerschap’ van art. 6:181 heeft, vertoont derhalve gelijkenis met de ‘inlener’ van de in art. 6:170 bedoelde ondergeschikten, niet (ook) met de ‘uitlener’ daarvan.<sup>151</sup>

In het kader van het verschil tussen de toepassing van art. 6:170 en 181 op gevallen van de terbeschikkingstelling van hulppersonen en hulpzaken, kan tevens nog bedacht worden dat een cumulatieve aansprakelijkheid ex art. 6:170 van de in- en uitlener uitdrukkelijk in het teken staat van slachtofferbescherming: voorkomen moet worden dat benadeelden in hun verhaalsmogelijkheden worden gefrustreerd door niet kenbare of maar moeilijk te achterhalen onderlinge zeggenschapsverhoudingen tussen de verschillende betrokken ‘werkgevers’.<sup>152</sup>

---

150 Dit is ook de reden waarom – bij gebreke van een afwijkende contractuele regeling – de onderlinge draagplicht tussen de formele en materiële werkgever in geval van in- en uitleen van ondergeschikten in de regel (voor het overgrote deel) bij laatstgenoemde berust. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH6274 (*Industrial/Tributary*).

151 Vgl. ook A-G Hartlief sub 3.24 (noot 47 en 49) die omtrent in- en uitleen van ondergeschikten op het terrein van art. 7:658 (lid 4) aangeeft dat *het ontbreken van zeggenschap* (wel) in de weg kan staan aan een cumulatieve aansprakelijkheid van alle betrokken ‘werkgevers’. Een verklaring voor dit verschil met de toepassing van art. 6:170 is volgens Hartlief gelegen in het feit dat art. 7:658 berust op een zorgplicht voor de veiligheid en derhalve een directe(re) invloed op (het werk van) de ondergeschikte eist.

152 HR 14 juli 2017, NJ 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.2.



Art. 6:181 heeft daarentegen een tweeledig doel:<sup>153</sup> de bepaling beoogt in het belang van zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken zoveel mogelijk tot een concentratie van aansprakelijkheid te komen.<sup>154</sup> Waar in geval van terbeschikkingstelling van ondergeschikten vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming ingevolge art. 6:170 in beginsel een cumulatieve aansprakelijkheid van de in- en uitlener geldt, is die lijn dus niet zomaar door te trekken naar gevallen van terbeschikkingstelling van de door art. 6:181 bestreken zaken. Overigens acht ik een cumulatieve aansprakelijkheid van de uit- en inlener op grond van art. 6:181 niet volstrekt ondenkbaar. Denk aan het geval waarin de uitlener na de terbeschikkingstelling van een zaak aan een ander daarover (toch) een zekere zeggenschap behoudt.<sup>155</sup>

Het vorenstaande illustreert dat het op hulpzaken betrekking hebbende art. 6:181 zich niet op alle fronten laat plooiën naar het voor hulp*personen* geldende ‘equivalent’ van art. 6:170. Dit neemt de tussen art. 6:170 en 181 bestaande nauwe verwantschap echter niet weg.

## 5.5 Conclusie en afronding

In de zoektocht naar (meer) grip op het karakter van art. 6:181, is in dit hoofdstuk de plaats van deze aansprakelijkheid bepaald ten opzichte van de aanverwante aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171. Duidelijk is geworden dat art. 6:181 kan worden gezien als ‘tegenhanger’ van zowel art. 6:170 als art. 6:171, waarbij de term ‘tegenhanger’ duidt op een tegenstelling tussen een aansprakelijkheid voor *zaken* versus *personen*. Een andere vraag is die naar de inhoudelijke samenhang: met welke ‘tegenhanger’ heeft art. 6:181 het meeste gemeen? Deze vraag is van belang aangezien art. 6:170 een ruime uitleg kent met het accent op ‘zeggenschap’, terwijl voor art. 6:171 aan de hand van ‘eenheid’ juist een restrictieve toepassing geldt. Uit mijn analyse komt naar voren dat voor de uitleg van art. 6:181 *niet* zozeer art. 6:171, maar vooral art. 6:170 als inspiratiebron kan hebben te gelden. De winst hiervan is in mijn ogen dat de principiële richting is blootgelegd die met art. 6:181 ingeslagen moet worden: de grenzen van de risicosfeer van de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker worden in de geest van art. 6:170 *ruim* getrokken, waarbij het element *zeggenschap* een voorname rol vervult. Ook is de aanwijzing voor een in uitgangspunt ruimte uitleg van art. 6:181 als omschreven in hoofdstuk 4 – art. 6:181 heeft in de verhouding met de bezittersaansprakelijkheden uit art. 6:173, 174 en 179 niet slechts een uitzonderingskarakter maar vormt juist het primaat c.q. staat ‘voorop’ –<sup>156</sup> van een nader fundament voorzien. De bevindingen in dit hoofdstuk en die uit hoofdstuk 4 grijpen als het ware in elkaar. De drie

153 Zie reeds par. 3.3.1.

154 In mijn ogen bij degene met de grootste mate van zeggenschap over de aan de zaak verbonden risico’s, waarover als gezegd nader hoofdstuk 7.

155 Vgl. Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*). Zie hierover nader par. 7.7.4.

156 In het bijzonder par. 4.6.4 met betrekking tot de onderlinge hiërarchie tussen de bedrijfsmatige gebruiker en de bezitter.

kernbegrippen van art. 6:181 ('gebruik', 'bedrijf', 'in de uitoefening van') zal dan ook geen restrictieve (art. 6:171) maar een ruime (art. 6:170) uitleg toekomen.<sup>157</sup> Daarbij zal waar mogelijk dan het uit art. 6:170 reeds bekende element 'zeggenschap' een voornamelijk rol vervullen. De praktische uitwerking van deze 'vooropstellingen' vindt plaats in de hoofdstukken 6 t/m 8, waarin aan de hand van zijn drie kernbegrippen de concrete reikwijdte en toepassing van art. 6:181 in kaart worden gebracht. Tot nu toe laat de analyse van art. 6:181 in ieder geval zien dat het om een 'sterke' bepaling gaat: de bedrijfsmatige gebruiker duldt de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 niet naast zich (aansprakelijk is hetzij de bezitter hetzij de bedrijfsmatige gebruiker), staat daarbij 'voorop' (art. 6:181 heeft exclusieve werking ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179) en art. 6:181 komt een ruime uitleg toe (geïnspireerd op art. 6:170).

---

<sup>157</sup> Zie reeds Kolder 2010, p. 295-307, en inmiddels instemmend Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 101, alsmede Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 299, alsook Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest.



## 6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk is gewijd aan de hoedanigheid van de op grond van art. 6:181 aansprakelijke persoon. Art. 6:181 doet de aansprakelijkheid rusten op degene die het *bedrijf* uitoefent waarin de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren worden gebruikt. De aansprakelijke persoon moet dus ‘bedrijfsmatig’ handelen. Wat hieronder moet worden verstaan is in de aanvankelijke, eigen wetsgeschiedenis van art. 6:181 niet uitgewerkt.<sup>1</sup> Wel is op later moment tijdens de parlementaire totstandkoming van het NBW het bedrijfsbegrip van art. 6:181 nog samen met dat van andere bepalingen aan de orde gesteld, te weten art. 6:171 en art. 6:173.<sup>2</sup> Laatstgenoemde bepaling legde in die tijd de aansprakelijkheid voor roerende zaken, anders dan het huidige art. 6:173, niet op de bezitter maar (enkel) op de bedrijfsmatige gebruiker. Dit omdat toentertijd een regeling van ‘productenaansprakelijkheid’ (afd. 6.3.3 BW) nog ontbrak en de wetgever particuliere bezitters wilde ontzien.<sup>3</sup> Toen alsnog een regeling van productenaansprakelijkheid tot stand bleek te komen, werd de aanvankelijk al voorgestelde bezittersaansprakelijkheid in art. 6:173 hersteld.<sup>4</sup> Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 werd dus tezamen behandeld met een voorontwerp van art. 6:173, dat op het specifieke punt waarom het nu gaat nimmer werd ingevoerd. Voor art. 6:171, de andere bepaling waarmee art. 6:181 voor wat betreft het bedrijfsbegrip ook gezamenlijk werd behandeld, geldt dat deze mijns inziens nu juist *niet* als inspiratiebron voor de uitleg van art. 6:181 kan doorgaan.<sup>5</sup> Aldus verdient hetgeen in de wetsgeschiedenis omtrent het bedrijfsbegrip van art. 6:181 naar voren is gebracht een kritische analyse. Daarbij valt alvast op te merken dat in diverse regelingen van het aansprakelijkheidsrecht wel wordt onderscheiden in ‘bedrijf’, ‘beroep’ en soms ook nog ‘de overheid’.<sup>6</sup> Nu de leden 1 en 2 van art. 6:181 spreken van degene die een ‘bedrijf’ uitoefent, rijst de vraag of bijvoorbeeld ook een advocaat, notaris, architect (‘beroep’) dan wel een gemeente, provincie of waterschap (‘overheid’) onder de werkingssfeer van deze regelingen

---

1 Gedoeld wordt vooral op de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp van 1976, waarin art. 6:181 werd geïntroduceerd. Nadien werd aan art. 6:181 *afzonderlijk* nauwelijks nog aandacht besteed.

2 Het betreft het in 1989 vastgestelde vijfde gedeelte van de Invoeringswet voor de Boeken 3, 5 en 6 BW.

3 Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1373-1376.

4 Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1386-1387; *Kamerstukken II* 1985/86, 17541, 12.

5 Zie nader par. 5.4.

6 Bijv. Klaassen e.a. 2003.

kunnen worden begrepen ingeval zij zich in het kader van hun activiteiten bedienen van de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaken. En wat geldt in relatie tot art. 6:181 voor organisaties die niet (goed) zijn te vangen in de traditionele termen bedrijf, beroep en overheid? Denk aan georganiseerde verbanden als ziekenhuizen, klinieken, onderwijsinstellingen, kerkelijke instellingen, verenigingen, stichtingen, etcetera. Van belang is nog dat, anders dan in de in 1992 ingevoerde oorspronkelijke leden 1 en 2 van art. 6:181, in het in 1995 aan deze bepaling toegevoegde lid 3 (gevaarlijke stoffen), naast de *bedrijfsmatige* gebruiker óók van de *beroepsmatige* gebruiker wordt gesproken. Al met al voldoende aanleiding derhalve om de hoedanigheid van de op grond van art. 6:181 lid 1-3 aansprakelijke persoon aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Gezien de bevindingen in de hoofdstukken 4 en 5 zal *een ruime uitleg* van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 daarbij het uitgangspunt zijn.

## 6.2 De visie van de wetgever

### 6.2.1 *Het Gewijzigd Ontwerp van 1976*

Bij de introductie van art. 6:181 als geheel nieuwe bepaling in het Gewijzigd Ontwerp van 1976, werd aan het bedrijfsbegrip van dit artikel geen afzonderlijke aandacht besteed. In de toelichting werd enkel opgemerkt dat ter bepaling van degene op wie de aansprakelijkheid voor schade door zaken of dieren rust, onderscheid gemaakt moet worden tussen gevallen van 'bedrijfsmatig' gebruik en gevallen waarin daarvan geen sprake is.<sup>7</sup> In het laatste geval rust in beginsel de aansprakelijkheid op de bezitter, aldus de toelichting.<sup>8</sup> Toch valt uit deze vroege wetsgeschiedenis wel af te leiden naar welke aansprakelijke personen de gedachten van de wetsontwerper in de context van art. 6:181 (vooral) uitgingen. Om de wenselijkheid van de rechtsregel van art. 6:181 te illustreren, werd het – inmiddels bekende – voorbeeld gegeven van een explosie binnen een bedrijf waarvan de oorzaak niet meer is te achterhalen.<sup>9</sup> Ten eerste valt op dat de toelichting daarbij de termen 'onderneming' en 'bedrijf' willekeurig en zonder nadere uitleg door elkaar gebruikt. Dit is exemplarisch voor ook de overige toelichting op het Gewijzigd Ontwerp waarin art. 6:181 werd geïntroduceerd.<sup>10</sup> In de in de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 6:181 gegeven andere praktische voorbeelden ging het voorts steeds om het gebruik van bedrijfspanden en fabrieksgebouwen, het werken met machines en gevaarlijke stoffen, het verrichten van 'gevaarlijke activiteiten', en de inschakeling daarbij van ondergeschikten en zelfstandige hulppersonen.<sup>11</sup>

7 Het voornoemde werd opgemerkt in de toelichting (MvA) op de art. 6.3.2.5-10 *tezamen*. De toelichting op het afzonderlijke art. 6:181 bestaat uit niet meer dan een verwijzing naar die opmerkingen, zie Parl. gesch. Boek 6, p. 767.

8 Parl. gesch. Boek 6, p. 745.

9 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746. Zie hierover reeds par. 3.3.1 en 5.4.2.

10 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747.

11 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747, 767.

‘Industriële activiteiten’ derhalve, bedrijfsvoering in traditionele zin: het bedrijf als een commerciële organisatie van arbeid en kapitaal, die goederen levert of werken tot stand brengt, waar risico’s worden gelopen en die streeft naar winst om te kunnen voortbestaan. Dat de toelichting op art. 6:181 was gericht op dit soort ‘organisaties’ valt goed te verklaren gezien de achtergrond waartegen deze bepaling het levenslicht zag. Vanaf de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw werd de samenleving steeds gevaarlijker en onoverzichtelijker door toenemende industrialisatie en schaalvergroting. Met art. 6:181 werd beoogd te dien aanzien zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken een ‘centraal adres’ voor aansprakelijkheid te bieden. Daarbij ging het veelal om in ‘bedrijfsmatig’ – in de zin van geïndustrialiseerd – verband gecreëerde risico’s.<sup>12</sup>

### 6.2.2 De Invoeringswet voor de Boeken 3, 5 en 6 BW van 1989

De toelichting waarvan art. 6:181 bij haar introductie in het Gewijzigd Ontwerp vergezeld ging, zou zo begrepen kunnen worden dat daaruit blijkt wie vooral c.q. in ieder geval onder het bedrijfsbegrip kan worden begrepen. Ondanks dat het ging om een kernbegrip, werd in de toelichting een ‘buitengrens’ – hoe zit het bijvoorbeeld met de al genoemde beroepsbeoefenaar of de overheid? –, toen niet gesteld. Het was dan ook weinig verrassend dat de regering alsnog werd uitgenodigd hierop in te gaan.<sup>13</sup> Zo was het een aantal Kamerleden niet duidelijk waarom op diverse plekken in het ontwerp-NBW beroeps- en bedrijfsuitoefening soms werden gelijkgeschakeld en soms niet.<sup>14</sup> De minister gaf aan dat ‘over het algemeen’ in de bepalingen van het NBW beide begrippen worden gebruikt.<sup>15</sup> Voor een begrenzing tot alleen bedrijfsuitoefening in de art. 6:171, 181 en het toen nog voorontwerp van art. 6:173 bestond volgens de minister echter goede reden:<sup>16</sup>

‘Zij berust (...) op een samenstel van vier overwegingen:

- a. de *eenheid* van onderneming;
- b. het feit dat het voor de benadeelde *moelijk kan zijn om te bepalen* of degene die de schade veroorzaakte ondergeschikte of niet-ondergeschikte opdrachtnemer in de zin van [art. 6:171] is, onderscheidenlijk aan wie de in de uitoefening van een bedrijf gebruikte zaak of stof die schade veroorzaakt, toebehoort;
- c. het feit dat bedrijfsmatig verrichte activiteiten in beginsel gericht zijn op het verkrijgen van *profijt*; en
- d. het feit dat van een ondernemer kan worden gevergd dat hij zijn bedrijfsrisico’s als één risico *verzekert*.’ (curs. AK)

Dit samenstel van overwegingen geldt volgens de minister niet voor ‘natuurlijke personen die een vrij beroep uitoefenen’, waarbij de advocaat, arts, vroedvrouw, belastingconsulent en deurwaarder als voorbeeld werden genoemd. Toch leek de

<sup>12</sup> Zie nader par. 2.3.

<sup>13</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1001 e.v.

<sup>14</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1001.

<sup>15</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

<sup>16</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003. Het is ook deze passage waarnaar de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest verwijst in het kader van de door hem omschreven ‘verlegging’ van aansprakelijkheid ex art. 6:181. Zie par. 3.3.3.1.

minister niet volkomen overtuigd van dit door hemzelf bepleite onderscheid tussen 'beroep' en 'bedrijf'. De minister vervolgde omtrent het vrije beroep:

'Anders ligt dit indien de betreffende praktijk in een rechtspersoon is ondergebracht. Er mag naar ik meen van worden uitgegaan dat een vennootschap – ook de zgn. praktijk-b.v. – steeds een bedrijf uitoefent. Bij een zodanige vennootschap kan de "eenheid van onderneming" een reële rol spelen. In het oog moet evenwel worden gehouden dat dit juist bij de praktijk-b.v. niet steeds het geval zal zijn. Indien bijv. voor iedere advocaat een eigen B.V. wordt gecreëerd die dan vervolgens een maatschap vormen, kan niet gezegd worden dat de ene advocaat van de maatschap zijn werkzaamheden verricht in de uitoefening van de praktijk van de andere, wanneer hij de behandeling van een zaak van deze overneemt, zelf als dit op een "opdracht" van de eerste advocaat zou berusten. Hetzelfde geldt indien een advocaat die zijn praktijk in een B.V. onderbracht, een procureur in een ander arrondissement inschakelt.'<sup>17</sup>

Uit deze redenering, die in mijn ogen niet uitblinkt in helderheid, volgt ten eerste dat indien een beroepsbeoefenaar zijn praktijk in een rechtspersoon onderbrengt, toch van een 'bedrijf' in de zin van art. 6:181 kan worden gesproken. De minister wijst, gelet op de 'eenheid van onderneming', op de zogenoemde 'praktijk-BV'. Daarbij wordt vervolgens evenwel direct aangetekend dat in geval van het onderbrengen van beroepsbeoefening in een praktijk-BV de eenheidsgedachte 'juist' niet steeds opgaat, en dan (toch) niet van 'bedrijfsuitoefening' kan worden gesproken. Ook kan worden geconstateerd dat de minister in het gegeven voorbeeld de reden voor niet-aansprakelijkheid van de advocaat als beroepsbeoefenaar ex art. 6:171 niet zozeer lijkt te zoeken in *de hoedanigheid* van deze opdrachtgever (het bedrijfsbegrip), maar veeleer in het functioneel verband-vereiste van deze bepaling (te weten: de werkzaamheden van de hulppersoon moeten plaatsvinden 'ter uitoefening van' het bedrijf van diens opdrachtgever). Hoewel de vorenstaande toelichtende passage uit de wetsgeschiedenis dus niet gemakkelijk te doorgronden is, wordt in ieder geval duidelijk dat onder omstandigheden ook een *beroepsbeoefenaar* kan worden geacht een 'bedrijf' uit te oefenen in de zin van art. 6:171, 181 en toen nog het voorontwerp van art. 6:173. De minister rondt zijn toelichting op het bedrijfsbegrip van de bepalingen tezamen vervolgens af met wederom een niet gemakkelijk te duiden redenering:

'Voorts wijs ik erop dat voor de vraag of er van bedrijf kan worden gesproken, het winstoogmerk of het behalen van voordeel niet beslissend zijn. Men denke aan de in de Parl. Gesch. Boek 6, blz. 730, uitdrukkelijk vermelde overheidsbedrijven en ziekenhuizen, alsook aan het geval dat een beroepspraktijk niet in een B.V. maar in een stichting wordt ondergebracht. Vgl. H.R. 2 april 1982, N.J. 1983, 429 voor de verwante vraag wat onder "onderneming" in de zin van de Handelsregisterwet moet worden verstaan. Ook bij rechtsvormen die niet naar hun aard mee brengen dat het beroep in de vorm van een bedrijf wordt uitgeoefend, behoeft er dus geen praktische reden te bestaan voor een ander resultaat. *Derhalve moet de term "bedrijf" in de voormelde bepalingen uitgelegd worden in het licht van de strekking van die bepalingen zelf.* Waar het vooral op aan komt is in hoeverre de betreffende activiteiten naar buiten moeten worden gezien als afkomstig van een eenheid.'<sup>18</sup> (curs. AK)

<sup>17</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

<sup>18</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

Waar de minister één alinea eerder nog wees op het profijtbeginsel als een van de dragende argumenten voor de beperking van de kwalitatieve aansprakelijkheid tot enkel de *bedrijfsmatige* gebruiker, wordt een winstoogmerk of het behalen van profijt uiteindelijk toch niet beslissend geacht. Het aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 1982 betrof overigens een stichting zonder winstoogmerk die als ‘onderneming’ in de zin van de Handelsregisterwet werd aangemerkt. Een winstoogmerk is dus niet vereist, en ook de rechtsvorm waarin de activiteiten worden verricht is volgens de wetgever niet beslissend. Zelfs in geval van rechtsvormen die ‘niet naar hun aard meebrengen dat het beroep in de vorm van een bedrijf wordt uitgeoefend’ kan zijns inziens sprake zijn van ‘bedrijfsuitoefening’. Zodoende kunnen volgens de minister ook een overheidsbedrijf en ziekenhuis, alsmede onder omstandigheden een stichting en (andere) beroepsbeoefenaren onder het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:171, 181 en het voorontwerp van art. 6:173 worden geschaard.

Hoewel de zojuist besproken toelichting op het bedrijfsbegrip van onder meer art. 6:181 naar mijn idee niet volledig sluitend voorkomt, volgt daaruit wel onmiskenbaar dat een ruime uitleg van dit begrip wordt voorgestaan. Zo kunnen ook bepaalde beroepsbeoefenaren en het overheidsbedrijf worden geacht een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 uit te oefenen. Het lijkt erop dat de regering het zogeheten vrije beroep en de klassieke overheid buiten het bedrijfsbegrip van art. 6:181 – en art. 6:171 – heeft willen houden. Een dergelijke benadering zou ook aansluiten bij de aanvankelijke wetsgeschiedenis van art. 6:171 alléén, waarin het vrije beroep en de klassieke overheid reeds van de term ‘bedrijf’ werden uitgesloten<sup>19</sup> en waarnaar in de latere, zojuist besproken wetsgeschiedenis van de art. 6:171 en 181 gezamenlijk ook wordt verwezen.<sup>20</sup> Er bestaat geen aanleiding voor de veronderstelling dat de regering bij gelegenheid van de (latere) Invoeringswet op de eerder door haar voorgestane reikwijdte van art. 6:171 terug heeft willen komen, terwijl ten tijde van deze Invoeringswet het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ‘in één adem’ met dat van art. 6:171 werd behandeld.

### 6.2.3 De Aanvullingswet 1995

Door middel van de Aanvullingswet 1995 werden aan afd. 6.3.2 BW de kwalitatieve aansprakelijkheden voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175), stortplaatsen (art. 6:176) en boorgaten (thans: mijnbouwwerken, art. 6:177) toegevoegd.<sup>21</sup> In de toelichting op deze wet werd uitvoerig van de gelegenheid gebruik gemaakt nog eens stil te staan bij de al in 1992 ingevoerde kwalitatieve aansprakelijkheden. Voor wat betreft art. 6:181 werd benadrukt dat de grondgedachte van deze aansprakelijkheid neerkomt op het bieden van bescherming tegen gevaarlijke activiteiten c.q. bronnen van verhoogd gevaar.<sup>22</sup> Bij herhaling is aangegeven dat het ‘billijk’ voorkomt dat degene die gebruiker is van een object dat een bron van verhoogd gevaar

19 Lubach 2005, p. 284.

20 Verwezen wordt naar Parl. gesch. Boek 6, p. 730, dat handelt over art. 6:171; zie Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

21 *Kamerstukken* nr. 21202.

22 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6, herhaald in *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 12-13.



oplevert, aansprakelijk is indien dat gevaar zich verwezenlijkt. Ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheid ex art. 6:181 worden voorts (wederom) genoemd de eenheidsgedachte en het voor benadeelden vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aan te spreken partij, alsmede het argument van verzekering/schadespreiding en ook de profijtgedachte.<sup>23</sup> Nieuw is dat de toelichting meermaals benoemt dat ter bepaling van de kwalitatief aansprakelijke ook van belang is wie 'de zorg' voor het betreffende gevaarsobject heeft; wie in staat is de daaraan verbonden risico's te beïnvloeden.<sup>24</sup> Ten opzichte van de eerdere wetsgeschiedenis is ook nieuw dat wordt gewezen op de preventieve werking van kwalitatieve aansprakelijkheid, in die zin dat deze volgens de toelichting zal leiden tot het stimuleren van voorzorgsmaatregelen om de (verwezenlijking van) gevaren – waarvoor men kwalitatief aansprakelijk is – zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>25</sup> Tot slot vermeldt de toelichting dat bij het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke ook praktische overwegingen en de rechtszekerheid een rol hebben gespeeld.<sup>26</sup>

Hoewel art. 6:181 in de toelichting op de Aanvullingswet 1995 veelvuldig aan de orde komt, wordt daarbij niet stilgestaan bij de invulling van het bedrijfsbegrip van deze bepaling. Ter aanduiding van de aansprakelijke persoon wordt zonder nadere uitleg veelal gewoonweg de term 'bedrijf' gebruikt, terwijl soms ook wel wordt gesproken van 'de ondernemer', 'de onderneming' of 'het bedrijfsleven'.<sup>27</sup> Hierbij 'ademt' ook deze toelichting voor wat betreft de uitoefening van een *bedrijf*, dat het gaat om het verrichten van industriële (lees: gevaarlijke) activiteiten. Nog altijd leek bij de ingevolge art. 6:181 aansprakelijke voornamelijk gedacht te worden aan een 'traditioneel' of 'typisch' bedrijf. Aan de positie van bijvoorbeeld degene die een beroep uitoefent of de overheid in relatie tot art. 6:181, werd geen afzonderlijke aandacht besteed. Alleen aan nagenoeg het einde van de parlementaire behandeling van de Aanvullingswet 1995 kwam hierin nog verandering, namelijk toen de positie van de *particuliere* bezitter van een gevaarlijke stof onder druk kwam te staan.<sup>28</sup> In de Aanvullingswet 1995 werd aanvankelijk voorgesteld de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op grond van art. 6:175 in verbinding met art. 6:181 – overeenkomstig de regeling van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 – te leggen op de bezitter of *bedrijfsmatige* gebruiker. Omdat men een kwalitatieve aansprakelijkheid van de particuliere bezitter voor óók gevaarlijke stoffen uiteindelijk te ver vond gaan, werd deze aansprakelijkheid via art. 6:175 beperkt tot de *beroeps- of bedrijfsmatige* gebruiker.<sup>29</sup> In de toelichting werd op beknopte wijze aangegeven dat onder dit criterium ook een *beroeps*beoefenaar als apotheker of apothekhoudende arts valt, alsook de *overheid* die een gevaarlijke stof in de uitoefening van haar taak gebruikt of onder zich heeft. In het voetspoor van het

23 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21202, 3, p. 7-9.

24 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21202, 3, p. 7; *Kamerstukken II*, 1990/91, 21202, 6, p. 3.

25 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21202, 3, p. 7.

26 *Kamerstukken II*, 1990/91, 21202, 6, p. 3.

27 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21202, 3, p. 6-11; *Kamerstukken II*, 1990/91, 21202, 6, p. 2-7.

28 *Kamerstukken II*, 1991/92, 21202, 8, p. 3; *Kamerstukken II*, 1991/92, 21202, 9, p. 7.

29 *Kamerstukken II*, 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

aangepaste art. 6:175 werd, zonder nadere toelichting, aan art. 6:181 een ‘nieuw’ lid 3 toegevoegd. Met deze bepaling, die eveneens van ‘beroep of bedrijf’ spreekt, is beoogd een regeling te geven voor gevallen van terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen.<sup>30</sup> Aldus heeft via het in 1995 aan art. 6:181 toegevoegde lid 3 betreffende gevaarlijke stoffen het ‘beroepsbegrip’ zijn intrede gedaan binnen art. 6:181.<sup>31</sup> Frappant is wel dat deze ruimere omschrijving van de aansprakelijke persoon enkel degene betreft *aan wie* de stof ter beschikking wordt gesteld; degene *door wie* de stof aan een ander beschikbaar wordt gesteld, bleef in lid 3 van art. 6:181 (tekstueel) beperkt tot de *bedrijfsmatige* gebruiker. Ook de reeds in 1992 ingevoerde leden 1 en 2 van art. 6:181 met betrekking tot de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken bleven ter aanduiding van de aansprakelijke persoon onveranderd alleen van de *bedrijfsmatige* gebruiker spreken.

### 6.3 Opvattingen in de literatuur en rechtspraak

#### 6.3.1 Literatuur

Uit de literatuur blijkt eenstemmigheid over het feit dat de term ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 een ruime uitleg toekomt.<sup>32</sup> Men is het er voorts over eens dat, in lijn met de wetsgeschiedenis, ook het ‘beroep met bedrijfsmatige trekken’ en het ‘overheidsbedrijf’ onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 vallen. De vingerwijzingen in de totstandkomingsgeschiedenis, dat een winstoogmerk noch de rechtsvorm in dit verband beslissend is, zijn daarbij door de literatuur opgepakt. Wat de diverse commentaren verder laten zien is dat, eveneens in lijn met de wetsgeschiedenis, het bedrijfsbegrip van art. 6:181 veelal tezamen wordt besproken met dat van art. 6:171. Hierbij wordt in relatie tot zowel art. 6:171 als art. 6:181 gewezen op ‘overzichtelijkheid’ of de ‘eenheidsgedachte’: de benadeelde moet steeds op eenvoudige wijze kunnen vaststellen wie hij tot schadevergoeding kan aanspreken. Of de schade nu is veroorzaakt door een fout van een persoon die bij de betreffende activiteiten is ingeschakeld (art. 6:171 en ook 170) of door het falen van daarbij gebruikte zaken (art. 6:181), de benadeelde moet in het ‘bedrijf’ steeds hetzelfde, centrale aanspreekpunt vinden. Deze gedachte, zo wordt wel aangenomen, gaat niet enkel op voor het ‘bedrijf’ in traditionele zin maar heeft onder omstandigheden – breder – eveneens gelding voor bepaalde beroepsbeoefenaren en ook de overheid. Tot zover sluiten de meningen in de literatuur over de interpretatie van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 in algemene zin aardig op elkaar aan. Wanneer het aankomt op een nadere afbakening van het bedrijfsbegrip van art. 6:181, lopen de meningen echter uiteen.

30 Vgl. het reeds in 1992 ingevoerde lid 2 van art. 6:181, dat een regeling geeft voor de terbeschikkingstelling van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken.

31 Op de betekenis van het ‘nieuwe’ lid 3 van art. 6:181 voor de leden 1 en 2 van dezelfde bepaling, wordt in par. 6.6.4 nader ingegaan.

32 Wessels 1989, p. 37; Sterk 1994, p. 262-264; Klaassen 1991, p. 89-90; Lubach 2005, p. 290, 299-300; Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230; Spier e.a. 2015/130; Bauw 2015, p. 16.

Waar een aantal auteurs meent dat het vrije beroep (in tegenstelling tot het beroep met bedrijfsmatige trekken) en ook de klassieke overheid (in tegenstelling tot het overheidsbedrijf) buiten het bedrijfsbegrip van art. 6:181 (en ook art. 6:171) vallen,<sup>33</sup> houden sommigen er een ruimere opvatting op na. Zo heeft Wessels, die het bedrijfsbegrip van art. 6:181 eveneens in samenhang met dat van art. 6:171 bespreekt, al vóór de invoering in 1992 van afd. 6.3.2 BW het maken van een onderscheid tussen beroep en bedrijf sterk bekritiseerd. Zijns inziens gaan de argumenten uit de wetsgeschiedenis voor aansprakelijkheid van een 'bedrijf' (eenheidsgedachte, profijtbeginsel, schadespreiding) net zo goed op ingeval een 'beroep' wordt uitgeoefend.<sup>34</sup> Lubach zit, zij het vooral in het kader van art. 6:171, ook op dit spoor. Hij meent dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf in de door de wetgever bedoelde zin is vervaagd en als 'achterhaald' heeft te gelden.<sup>35</sup> Lubach meent bovendien dat de overheid in het algemeen – en dus niet enkel het overheidsbedrijf – eveneens onder het 'bedrijfsbegrip' van art. 6:171 en ook art. 6:181 begrepen kan worden. Ook de overheid beweegt zich volgens Lubach namelijk als 'een eenheid' in het maatschappelijk verkeer.<sup>36</sup> Over de positie van het vrije beroep en de klassieke overheid – hoe deze zich ook precies mogen onderscheiden van respectievelijk het beroep met bedrijfsmatige trekken en het overheidsbedrijf – bestaat in relatie tot art. 6:181 dus geen eenstemmigheid. Eens lijkt men het in de literatuur weer wel te zijn over de in relatie tot art. 6:181 veelal afzonderlijke genoemde eigensoortige organisaties als ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, ('grote') stichtingen en verenigingen en (andere) non-profit organisaties: omdat een winstoogmerk niet beslissend wordt geacht en evenmin de rechtsvorm waarin de activiteiten zijn ondergebracht, worden zij doorgaans geacht een 'bedrijf' te kunnen uitoefenen in de zin van art. 6:181 (en art. 6:171).<sup>37</sup> Afzonderlijke vermelding verdient nog Tjong Tjin Tai, die blijkens zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest, onder verwijzing naar de al genoemde oratie van Wessels, eveneens van mening is dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf 'tegenwoordig' niet veel steun meer lijkt te genieten. Tjong Tjin Tai acht het verdedigbaar dat 'bedrijf' in de zin van art. 6:181 ook omvat wat men vroeger wel als 'beroep' aanmerkte. Hij voegt daaraan nog toe dat 'bedrijf' zijns inziens daarbij dan tegenover 'consument' of 'particulier' staat.<sup>38</sup> Hiermee lijkt Tjong Tjin Tai van alle auteurs de meest ruime uitleg van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 voor te staan: 'bedrijfsmatig' handelen zou niet enkel ook beroepsmatig handelen omvatten, maar – breder – in feite neerkomen op ieder 'niet-particulier' handelen. Daaronder lijkt dan ook integraal de overheid begrepen te kunnen worden.

33 Spier e.a. 2015/130; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/199 en 230.

34 Wessels 1989, p. 33-38, 46-59. Zie ook Vranken 1988, p. 253, die ervan spreekt dat in art. 6:181 ten onrechte de beroepsuitoefening niet is genoemd. Vgl. over de verwatering van het onderscheid tussen bedrijf en beroep ook de *NJ*-noot van Wachter onder HR 2 april 1982, *NJ* 1983/429, m.nt. Wachter (*NCB/KvK*), alsmede Mohr en Meijers 2013, p. 74-79.

35 Lubach 2005, p. 290, 299-300. Zo ook Keijzer en Oldenhuis, TVP 2011, p. 99.

36 Lubach 2005, p. 308. Zie ook Sterk 1994, p. 262-264.

37 Bauw 2015, p. 16, 80.

38 Annotatie *Loretta*-arrest, *NJ* 2011/405, sub 3d.

### 6.3.2 Rechtspraak

De jurisprudentie over het bedrijfsbegrip van art. 6:181 laat evenmin een sluitend beeld zien. Uiteraard is er de rechtspraak over art. 6:181 waarin niet ter discussie staat – dan wel niet ter discussie is gesteld – dat sprake is van ‘bedrijfsmatig’ handelen. Het gaat dan veelal om ex art. 6:181 aangesprokenen, waarvan gezegd kan worden dat zij een bedrijf ‘in traditionele zin’ uitoefenen. Het betreft sprekende gevallen van activiteiten op het vlak van bijvoorbeeld handel en nijverheid, de bouw, productie en be- of verwerking, transport en logistiek, alsmede zeer regelmatig ook manegebedrijven.<sup>39</sup> In deze categorie ‘bedrijven’ vallen ook de vier ‘art. 6:181-zaken’ waarover de Hoge Raad zich tot nog toe heeft uitgelaten, te weten de *DB/Edco*-kwesitie (opslagbedrijf), de *Loretta*-zaak (manegebedrijf), het *Paard Imagine*-arrest (manegebedrijf) en de zaak *Schavemaker/Planet c.s.* over een brand in een bedrijfsloods (transport- en reparatiebedrijf). Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 leverde in deze zaken dan ook geen discussie op. Naast de zojuist genoemde ‘typische’ bedrijven, wordt in de feitenrechtspraak ook het *beroep* met een bedrijfsmatig karakter onder het bereik van art. 6:181 geschaard.<sup>40</sup> Zo werd in Rb. Maastricht 12 november 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN8406 (*X/MASH*) omtrent een ex art. 6:181 aangesproken zelfstandige paardentrainer op illustratieve wijze overwogen ‘dat van een vrij beroep geen sprake is’, alsmede dat ‘beroepsactiviteiten die bedrijfsmatige trekken vertonen’ ook onder het toepassingsbereik van artikel 6:181 BW vallen. Voorts kan worden gewezen op Rb. Middelburg 23 juli 2008, ECLI:NL:RBMID:2008:BE0211 (*Ingestorte loods*), waarin de termen beroep en bedrijf door elkaar worden gebruikt ter aanduiding van de op grond van art. 6:181 aansprakelijke. Ook het *overheidsbedrijf* wordt geacht onder de reikwijdte van art. 6:181 te vallen. In Rb. Rotterdam 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO3418 (*Gebrekkige loopplank*) werd een gemeentelijk havenbedrijf, hoewel geen bezitter van de betreffende roerende zaak, in de hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 jo. 173 aansprakelijk geacht voor schade door een gebrekkige loopplank. In Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3780 (*X/GVB*) ging het om een gemeentelijk openbaar vervoersbedrijf, het GVB te Amsterdam. Een scholier kwam op het perron van een metrostation ten val, belandde op de rails en werd door een vertrekkend metrostel aangereden. Het GVB werd onder meer ex art. 6:181 jo. 6:173 en 174 aangesproken wegens een vermeend gebrek in het perron en/of in het bij het ongeval betrokken metrostel. De rechtbank overwoog dat het GVB weliswaar niet de eigenaar is van de perrons en metrostellen, maar dat zij wel is aan te merken als ‘de beroepsmatig gebruiker’ daarvan en aldus op grond van art. 6:181 jo. 6:173 en 174 aansprakelijk kan zijn.<sup>41</sup> Hoewel het hier ging om een overheidsbedrijf, paste

39 HR 1 april 2011, NJ 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*); Hof Den Bosch 17 mei 2016, JA 2016/106 (*Paard Dika*); Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7349 (*Uitladen paard*).

40 Vgl. ook HR 22 november 1989, NJ 1990/674, m.nt. Morzer Bruyns (*Muramatsu/Gemeente Amsterdam*), waarin de exploitant van een sportschool in het kader van het huurrecht niet als beroeps- maar bedrijfsuitoefenaar werd aangemerkt.

41 De rechtbank wees aansprakelijkheid uiteindelijk van de hand. In hoger beroep ging het nog om de grondslag van art. 6:162, en werd blijkens Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2306 (*X/GVB*) in ieder geval nog een deskundigenbericht noodzakelijk geacht.

de rechtbank art. 6:181 op het GVB toe als *beroepsmatige* gebruiker. Vermeldenswaard is ook Rb. Utrecht 8 augustus 2007, *JA* 2007/153 (*X/Regiopolitie Utrecht*), waarin de rechtbank na een bijtincident met een politiehond oordeelde dat deze hond werd gebruikt in de uitoefening van het 'politiebedrijf'. Hoewel het mijns inziens niet zozeer een overheidsbedrijf maar een klassieke overheidstaak betrof, werd de Regiopolitie geacht een 'bedrijf' in de zin van art. 6:181 uit te oefenen.

Een principiële uitspraak over de positie van het *vrije* beroep en de *klassieke* overheid in relatie tot art. 6:181 is – voorzover mij bekend – nog niet geweest.<sup>42</sup> Inmiddels heeft de feitenrechtspraak wel al laten zien dat in die zin een ruime uitleg aan het bedrijfsbegrip van art. 6:181 wordt gegeven, dat ook onderwijsinstellingen zoals een basisschool,<sup>43</sup> ROC<sup>44</sup> en universiteit<sup>45</sup> als 'bedrijfsmatige' gebruiker van schadeveroorzakende zaken kunnen kwalificeren. Ook lijkt een ziekenhuis een 'bedrijf' in de zin van art. 6:181 te kunnen uitoefenen.<sup>46</sup> Eenzelfde geldt voor bepaalde stichtingen.<sup>47</sup> Over de rechtspositie van kleinschalige stichtingen/verenigingen en overige georganiseerde verbanden zoals scoutingclubs of kerkgenootschappen, verscheen – voorzover ik kon nagaan – op het gebied van art. 6:181 nog geen richtinggevende rechtspraak.<sup>48</sup> De wél over het bedrijfsbegrip van art. 6:181 verschenen rechtspraak is tot nu toe in ieder geval dicht bij de parlementaire geschiedenis gebleven.

#### 6.4 Een algemene maatstaf voor het bedrijfsbegrip ontbreekt

Kenmerkend aan de wetsgeschiedenis en de tot nog toe verschenen literatuur en rechtspraak over het bedrijfsbegrip van art. 6:181 is dat daarin telkens de in onze maatschappij veelvoorkomende 'organisaties' *concreet* c.q. met naam worden genoemd, om daaromtrent vervolgens aan te geven of art. 6:181 daarop al dan niet van toepassing is of zou moeten zijn. Op deze wijze zijn diverse deelnemers aan het maatschappelijk verkeer de revue gepasseerd, te weten het bedrijf in traditionele zin, het beroep met bedrijfsmatige trekken, het vrije beroep, het overheidsbedrijf, de klassieke overheid, ziekenhuizen en klinieken, onderwijsinstellingen, alsmede stichtingen en verenigingen. Een algemene, overkoepelende maatstaf aan de hand waarvan telkens in het voorkomende geval kan worden getoetst of wel of niet is voldaan aan het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ontbreekt echter. Wel valt gezien de wetsgeschiedenis, doctrine en jurisprudentie in algemene zin te zeggen dat het bedrijfsbegrip van art. 6:181 meer omvat dan enkel het bedrijf 'in traditionele zin', en derhalve ruim wordt uitgelegd. Onduidelijk is echter waar het

42 In het zojuist genoemde Rb. Utrecht 8 augustus 2007, *JA* 2007/153 (*X/Regiopolitie Utrecht*) werd door partijen niet getwist over de hoedanigheid van de politie in relatie tot art. 6:181 en beschouwde de rechtbank zelf de Regiopolitie als gezegd als een overheidsbedrijf.

43 Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167 (*Stepping stones*).

44 Rb. Oost Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6844 (*Opblaasbare klimtoren*).

45 Hof Den Haag 15 juli 2003, *VR* 2004/107 (*TU Eindhoven/Donders*).

46 Rb. Noord-Nederland 2 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4839 (*MoM-heupprothese*).

47 Rb. Haarlem 1 augustus 2000, *VR* 2002/94 (*Basketbaltoren*); Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD7436 (*Mobiele kunstbaan*). Soms is de stichting een onderwijsinstelling, zie Rb. Oost Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6844 (*Opblaasbare klimtoren*).

48 Zie wel HR 15 december 2017, *RvdW* 2018/30 (*Parochie/X*), waarin een Aartsbisdom op het terrein van art. 7:658 lid 4 werd geacht een 'bedrijf' uit te oefenen.

ruime bereik van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 zijn grens vindt. Wanneer is bijvoorbeeld sprake van een beroep met (voldoende) bedrijfsmatige trekken? Hoe vindt de afbakening plaats tussen het overheidsbedrijf en de klassieke overheid? En zijn deze – lastige – vragen op het terrein van art. 6:181 eigenlijk wel relevant: behoren het vrije beroep en de klassieke overheid niet ‘gewoon’ ook onder het bereik van art. 6:181 te vallen? Hoe zit het in relatie tot art. 6:181 met de diverse organisaties en instellingen die niet (goed) zijn te vangen in de termen bedrijf, beroep en overheid? In het navolgende wordt getracht een praktisch hanteerbare, *algemene* maatstaf te geven aan de hand waarvan telkens beoordeeld kan worden of al dan niet sprake is van het in art. 6:181 bedoelde ‘bedrijfsmatige’ karakter.

### 6.5 Het bedrijfsbegrip naar de strekking van art. 6:181 zelf

Bij het feit dat de uitleg van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 vandaag de dag nog niet volledig uitgekristalliseerd is, komt mijns inziens dat het niet juist is te dien aanzien een verband te leggen met art. 6:171, meer in het bijzonder de restrictieve ‘eenheidsgedachte’ die deze bepaling kenmerkt. Art. 6:181 gaat ten opzichte van art. 6:171 immers zijn eigen weg en volgt het spoor van het ‘royale’ art. 6:170.<sup>49</sup> En waar voor de ruime uitleg van de term ‘bedrijf’ in art. 6:171 geldt dat deze vanwege het ‘uitzonderlijke’ karakter van deze aansprakelijkheid toch in zekere mate beperkt is, bestaat hiervoor geen aanleiding bij de ruime uitleg van het bedrijfsbegrip van art. 6:181. Art. 6:181 heeft immers geen ‘uitzonderingskarakter’, maar staat in de verhouding met de bezittersaansprakelijkheden uit art. 6:173, 174 en 179 juist ‘voorop’.<sup>50</sup> Ook heeft art. 6:181, anders dan art. 6:171, vanuit Europees perspectief niet als ‘buitenbeentje’ te gelden.<sup>51</sup> In dit licht is de toelichting van de wetgever op het bedrijfsbegrip van de art. 6:171 en 181 *tezamen* sterk voor relativering vatbaar. Hier komt nog bij dat de bedoelde toelichting, gelet op de daarin gegeven voorbeelden, in overwegende mate in de sleutel lijkt te staan van de aansprakelijkheid voor hulppersonen (en niet (ook): hulpzaken). In mijn ogen heeft de totstandkomingsgeschiedenis, door het daarin voor de uitleg van art. 6:181 ogenschijnlijk ‘aanhaken’ bij art. 6:171,<sup>52</sup> de rechtspraktijk – mogelijk onbedoeld – op het verkeerde been gezet. De waarde voor art. 6:181 van hetgeen in de wetsgeschiedenis over de art. 6:171 en 181 gezamenlijk is opgemerkt, moet volgens mij vooral worden gezocht in dat wat voor het bedrijfsbegrip van (het restrictieve) art. 6:171 opgaat *op zijn minst* geldt voor het bedrijfsbegrip van (het ruimhartiger) art. 6:181. Naast het signaal uit de wetsgeschiedenis dat ‘bedrijf’ in de zin van zowel art. 6:171 als 181 ruim moet worden uitgelegd, is in mijn ogen vooral belangrijk dat daaruit volgt dat deze in beide bepalingen voorkomende wetsterm uitgelegd moet worden ‘in het licht van de strekking van die bepalingen zelf’.<sup>53</sup> Dat laat namelijk ruimte voor een eigen, van elkaar verschillende interpretatie van de (zelfde) term ‘bedrijf’ al naar gelang het om art. 6:171 of art. 6:181 gaat.

49 Zie par. 5.4.

50 Zie par. 4.4 en 4.5.

51 Zie par. 5.3.3 en 5.4.3.3.

52 Zie nader par. 5.4.2 en 5.4.3.

53 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

### 6.5.1 *De visie van de wetgever overtuigt niet*

Blijkens de toelichting die art. 6:181 bij zijn introductie in het Gewijzigd Ontwerp van 1976 vergezelde, is voor een aansprakelijkheid van degene die een 'bedrijf' uitoefent gekozen op basis van de argumenten van (a) opspoorbaarheid/overzichtelijkheid, (b) verzekerbaarheid/schadespreiding en (c) 'gevaarverhoging'.<sup>54</sup> In de latere toelichting op het voorontwerp van art. 6:173 alsmede art. 6:171 en 181 gezamenlijk (Invoeringswet van 1989) werd het 'bedrijf' afgezet tegen een 'beroep'. Een keuze die werd verdedigd met de 'eenheidsgedachte', de soms moeilijke kenbaarheid van interne rechtsverhoudingen, het profijtbeginsel en het verzekeringsargument. Tussen deze in de wetsgeschiedenis in eerste en tweede instantie aangevoerde argumenten voor de beperking van de aansprakelijkheid tot de *bedrijfsmatige* gebruiker is van grote overlap sprake. Wel wordt in vergelijking met de periode rondom de latere Invoeringswet in de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp aanvankelijk ook de term 'gevaar' vermeld, terwijl in tegenstelling tot de toelichting op het Gewijzigd Ontwerp in de toelichting op de Invoeringswet ook expliciet wordt gesproken van (d) de eenheidsgedachte en als nieuw argument (e) de profijtgedachte. Bij dit laatste werd overigens aangetekend dat ook bij gebreke van het profijtbeginsel sprake kan zijn van 'bedrijfsuitoefening' als bedoeld in art. 6:181.<sup>55</sup> In de toelichting nadien op de Aanvullingswet 1995 worden als argumenten voor de in art. 6:181 geregelde aansprakelijkheid wederom genoemd de gevaartheorie, de eenheidsgedachte, het voor benadeelden vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aan te spreken partij, het argument van verzekering/schadespreiding en ook de profijtgedachte.<sup>56</sup> 'Nieuw' is dat de toelichting op de Aanvullingswet 1995 vermeldt dat ook van belang is wie (f) de zorg voor het betreffende gevaarsobject heeft – wie in staat is de daaraan verbonden risico's te beïnvloeden –, alsmede betekenis toekomt aan het argument van (g) preventieve werking. Tot slot wordt in de toelichting op de Aanvullingswet 1995 erkend dat ook (h) praktische overwegingen en de rechtszekerheid een rol hebben gespeeld bij het aanwijzen van de kwalitatief aansprakelijke persoon. Een nadere beschouwing van de voornoemde argumenten (a) t/m (h) die strekken ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheid van – in plaats van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter – de 'bedrijfsmatige' gebruiker ex art. 6:181, leert mijns inziens dat een beperking van deze aansprakelijkheid tot enkel degene die een 'typisch' bedrijf uitoefent in ieder geval niet houdbaar is.

### 6.5.2 *De beroepsbeoefenaar*

Gedurende de parlementaire totstandkoming werd al aangegeven dat beroepsbeoefenaren met bedrijfsmatige trekken ook onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 kunnen vallen. Mijns inziens zijn geen overtuigende argumenten aangedragen om zogeheten vrije beroepsbeoefenaren wél buiten het bereik van art. 6:181 te houden. Ook 'traditionele' *beroepsbeoefenaren* zoals bijvoorbeeld artsen, verloskundigen,

<sup>54</sup> Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747.

<sup>55</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1001-1003.

<sup>56</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-9; *Kamerstukken II*, 1990/91, 21202, 6, p. 3, 12-13.

architecten, advocaten, notarissen, gerechtsdeurwaarders, accountants, fiscalisten en assurantietussenpersonen zijn in de loop der tijd immers steeds ‘bedrijfsmatiger’ gaan handelen. Hier staat tegenover dat ‘echte’ bedrijfsuitoefening allang niet meer beperkt is tot bijvoorbeeld het vervaardigen, be- of verwerken en leveren van producten, getuige de inmiddels bestaande omvangrijke zakelijke dienstverleningssector. Voor beroepsbeoefenaren geldt bovendien dat zij zich inmiddels in steeds grotere verbanden hebben verenigd. Voorts kan degene die een beroep uitoefent zijn werkzaamheden ook (deels) overlaten aan ondergeschikte of zelfstandige hulp-personen en/of zich bedienen van hulpzaken. In geval van beroepsuitoefening kan dus evenzeer sprake zijn van een organisatie waarvan interne rechtsverhoudingen voor benadeelden niet altijd gemakkelijk zijn te doorgronden. Denk hierbij aan lastige vragen als wie de ‘achterliggende’ bezitter is van een zaak die bij de beroepsuitoefening wordt ingezet, alsmede wie in geval van schadeveroorzaking door een dergelijke zaak de eventueel daaraan ex art. 6:162 ‘schuldige’ is. In sommige gevallen van beroepsuitoefening is zelfs in sterkere mate sprake van moeilijk te doorgronden interne verhoudingen dan in geval van ‘echte’ bedrijfsuitoefening. Denk aan een eenmanszaak zoals een loodgietersbedrijf – dat ondanks het ontbreken van een wirwar van (interne) verhoudingen zonder meer kwalificeert als een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 – in vergelijking met een groot advocatenkantoor dat beroepsmatig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. En net als voor bedrijfsuitoefenaren geldt voor beroepsbeoefenaren dat zij als een ‘eenheid’ aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Ook maken niet enkel ‘echte’ bedrijven maar ook beroepsbeoefenaren bij hun activiteiten geregeld gebruik van specialistisch en kostbaar materieel, getuige de inzet van allerhande technische apparatuur – met bijbehorende ‘verhoogde gevaren’ – in bijvoorbeeld alleen al de medische sector.<sup>57</sup> In veel gevallen zal het overigens, of de betreffende gebruiker nu bedrijfs- of beroepsmatig handelt, om het gebruik van eenzelfde soort hulpzaken en ook eenzelfde daardoor in het leven geroepen ‘verhoogde’ gevaren gaan. Denk aan een stoel waarvan plotseling een poot afbreekt,<sup>58</sup> de computer of kopieermachine die ‘spontaan’ in brand vliegt dan wel de schoorsteen die plotseling naar beneden komt van het pand waarin de activiteiten zijn ondergebracht. De toevallige omstandigheid door *wie* deze zaken worden gebruikt, een bedrijfsuitoefenaar of beroepsbeoefenaar, zou voor de toepassing van art. 6:181 geen verschil mogen maken. En of iemand zich nu bedrijfs- of beroepsmatig bedient van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken: in beide gevallen is het in beginsel de gebruiker – en niet (langer) de bezitter – die in de beste positie verkeert invloed uit te oefenen op de aan de zaak verbonden risico’s en om zonedig aan preventie te doen. Tevens loopt degene die een ‘beroep’ uitoefent net als een bedrijfsuitoefenaar zekere aansprakelijkheidsrisico’s. Niet valt in te zien dat van een beroepsbeoefenaar niet gevergd zou kunnen worden deze risico’s als

57 Ik wijs bijvoorbeeld op de brand op 28 september 2006 in het Twenteborg Ziekenhuis te Almelo, waarbij een op de operatietafel gefixeerde, plaatselijk verdoofde patiënte om het leven kwam. De brand op de operatiekamer was ontstaan in een door het ziekenhuis gebruikte (gebrekkige) anesthesiezuil. Zie nader o.a. het rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg, Den Haag, mei 2008.

58 Vgl. Rb. Roermond 13 augustus 2003, *VR* 2004/30 (*Kuipstoel*).



één geheel te verzekeren en daarmee te spreiden over een groter collectief. Evenals *bedrijfsaansprakelijkheidsrisico's* zijn de risico's van *beroepsaansprakelijkheid* vandaag de dag goed verzekeraar tegen betaalbare premies. En waar een 'typisch' bedrijf de verzekeringspremies kan doorberekenen in de prijzen aan de afnemers van haar goederen of diensten, kan degene die een 'beroep' uitoefent bedoelde kosten evenzeer verdisconteren in de bij de afnemers van zijn diensten in rekening te brengen tarieven. Hoewel een winstoogmerk in dit verband als gezegd niet beslissend wordt geacht, kan er tot slot op gewezen worden dat, net zoals degene die een bedrijf uitoefent, ook een beroepsbeoefenaar zijn activiteiten doorgaans verricht met het oog op de eigen broodwinning, althans daarvan een zeker profijt trekt of beoogt te trekken.

Gezien het vorenstaande komen de argumenten op basis waarvan de regering bij de toepassing van art. 6:181 (destijds) onderscheid heeft willen maken tussen bedrijfs- en beroepsuitoefening niet (meer) overtuigend voor. Net als voor degene die een 'typisch' bedrijf uitoefent geldt voor een (vrije) beroepsbeoefenaar die zich in het kader van zijn activiteiten bedient van in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde hulpzaken, dat deze gebruiker – en niet (langer) de bezitter – degene is die het aan de zaak verbonden 'verhoogde gevaar' scheidt, invloed op de risico's heeft en aan preventie kan doen, als eenheid aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, voor de benadeelde in beginsel gemakkelijk opspoorbaar is, zich op relatief eenvoudige wijze tegen de gevolgen van aansprakelijkheid kan verzekeren, en ook een zeker profijt van het gebruik van de zaak heeft. Alle voornoemde argumenten (a) t/m (h) zijn derhalve niet enkel valide ingeval de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken worden gebruikt in het kader van activiteiten met een traditioneel *bedrijfsmatig* karakter, maar ook in geval van een *beroepsmatige* inzet daarvan. Hierbij gaat het dan niet enkel om het beroep met *bedrijfsmatige* trekken, maar ook om het zogeheten vrije beroep.

Dat een in de wetsgeschiedenis zoals ten aanzien van art. 6:181 verdedigd onderscheid tussen bedrijf en beroep als achterhaald kan worden beschouwd, vindt bevestiging in diverse modernere wettelijke regelingen waarin sprake is van een volledige gelijkshakeling van bedrijf en beroep.<sup>59</sup> Dit gold ook voor het in 2002 ingediende Wetsvoorstel inzake personenvennootschappen (titel 7.13).<sup>60</sup> In dit voorstel werd de zogeheten openbare *beroepsvennootschap* op een lijn gesteld met de openbare *bedrijfsvennootschap* (de beoogde vervanger van de v.o.f.).<sup>61</sup> Voor de openbare vennootschap gold onder meer het vereiste dat deze gericht moet zijn op het uitoefenen van een 'beroep of bedrijf'. Hieromtrent vermeldt de toelichting:<sup>62</sup>

59 Vgl. art. 7:2, 7:5 (koop), art. 7:404, 7:406 lid 2, 7:408 lid 3 (opdracht); art. 7:658 lid 4 (materiële werkgever); art. 6:193a (oneerlijke handelspraktijken); art. 6:194 (misleidende reclame) en art. 6:231 e.v. (algemene voorwaarden) waarin van 'beroep of bedrijf' wordt gesproken.

60 De voorgestelde nieuwe titel beoogde de 'verouderde' regelingen betreffende de maatschap (art. 7A:1655-1688), de vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap (art. 15-34 WvK) te vervangen. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, 3, p. 1.

61 *Kamerstukken II 2002/03*, 28746,1-2, p. 2; *Kamerstukken II 2003/04*, 28746, 6, p. 1.

62 *Kamerstukken II 2002/03*, 28746, 3, p. 8.

‘Met het uitoefenen van een *beroep of bedrijf* wordt tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om een regelmatige, *min of meer duurzame maatschappelijke werkzaamheid*. Van oudsher heeft men het onderscheid tussen beroep en bedrijf hierin gezocht dat bij het uitoefenen van een beroep de nadruk ligt op het persoonlijk karakter van de werkzaamheden, zoals het geval is bij bijvoorbeeld, artsen, advocaten, belastingadviseurs e.d., terwijl bij het uitoefenen van een bedrijf veeleer het commerciële karakter en de gerichtheid op winst op de voorgrond staan. Er zijn echter in de praktijk grensgevallen, waarin dit criterium geen duidelijk antwoord geeft, terwijl ook afgezien hiervan *de grenzen tussen beroep en bedrijf vervagen* (...). Hoe dit echter zij, voor de in dit artikel opgenomen omschrijving van de openbare vennootschap is het onderscheid niet van belang.’ (curs. AK)

Hoewel het wetsvoorstel aan nagenoeg het einde van de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer in 2011 onverwachts door de minister werd ingetrokken,<sup>63</sup> is daarin naar mijn idee weldegelijk steun te vinden voor de (maatschappelijke) opvatting dat, in de ogen van de moderne(re) wetgever, de grenzen tussen de twee bedoelde vormen van maatschappelijk handelen inmiddels zijn verdampt. Ook wijs ik op de per 1 juli 2016 in werking getreden Wet acquisitiefraude,<sup>64</sup> waarmee wordt beoogd acquisitiefraude tegen te gaan in de vorm van het doen van misleidende mededelingen.<sup>65</sup> De wettekst omschrijft degene die wordt beschermd tegen misleidende mededelingen op ruime wijze als ‘*hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie*’.<sup>66</sup> Niet alleen zijn de termen bedrijf en beroep gelijkgeschakeld, maar het wettelijk criterium is ook nog eens uitgebreid met de term ‘organisatie’.<sup>67</sup> De toelichting geeft hierbij aan dat ‘eigenlijk geen verschil’ bestaat tussen de termen bedrijf en beroep.<sup>68</sup> Uit de toelichting blijkt voorts dat met het gekozen criterium is beoogd ‘buiten twijfel’<sup>69</sup> te stellen dat behoudens ‘echte’ bedrijven onder het beschermingsbereik óók beroepen en tevens verenigingen, stichtingen, kerkgenootschappen en ‘andere organisaties’ – waaronder de overheid – vallen.<sup>70</sup> Hoewel de hiervoor aangehaalde wetgevingsproducten *buiten* het terrein van art. 6:181 uiteraard een eigen achtergrond en strekking hebben, komt daaruit voor dit onderzoek wel steeds eenzelfde relevante gedachte naar voren: vandaag de dag bestaat geen rechtens relevant onderscheid meer tussen hetgeen van oudsher wel afzonderlijk met bedrijf of juist beroep werd aangeduid.

63 Het voorstel zou onvoldoende aan de doelstelling – het faciliteren van ondernemers – voldoen. Met het gemaakte onderscheid tussen beroep en bedrijf had dit niets van doen. *Kamerstukken II* 2011/12, 28746, 7; *Kamerstukken I* 2011/12, 31065, D. Zie ook Mohr en Meijers 2013, p. 9.

64 *Kamerstukken* nr. 33712.

65 *Kamerstukken II* 2012/13, 33712, 1-2. De wet leidde tot aanpassing van art. 6:194 inzake misleidende reclame, door toevoeging van de leden 2 t/m 4.

66 Zie art. 6:194 lid 2 en 3.

67 *Kamerstukken II* 2012/13, 33712, 3, p. 18, 22.

68 *Kamerstukken II* 2012/13, 33712, 3, p. 22. Een verschil zou volgens de toelichting nog gelegen kunnen zijn in het feit dat het begrip ‘bedrijf’ primair wordt bepaald door een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening, in tegenstelling tot het begrip ‘beroep’, hetgeen een door persoonlijke kwalificaties bepaalde beroepsuitoefening betreft.

69 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, 6, p. 19, waaruit volgt dat met de gekozen redactie van het nieuwe art. 6:194 lid 2 is beoogd niet enkel ‘ondernemingen, maar ook beroepen en organisaties *expliciet* onder het toepassingsbereik van het voorgestelde artikel te laten vallen.’ (curs. AK). Dit duidt niet op een verruiming van de term ‘bedrijf’, meer op een verduidelijking. Vgl. de hierna in par. 6.6.4.4 nog te bespreken ‘verduidelijking’ van art. 6:175 inzake de aansprakelijke persoon voor gevaarlijke stoffen bij gelegenheid van het schrappen van de bezittersaansprakelijkheid.

70 Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 33712, 8, p. 8.

Het bij de toepassing van art. 6:181 niet onderscheiden in de beroeps- vs. bedrijfsmatige gebruiker zou tot slot aansluiten bij de dogmatische plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171. Ik heb reeds bepleit dat art. 6:181 ten opzichte van art. 6:171 zijn eigen weg gaat en voor de toepassing inspiratie bij art. 6:170 kan worden opgedaan.<sup>71</sup> Van belang is dan dat art. 6:171 aangaande beroepsbeoefening wel geacht wordt alleen te zien op het beroep met bedrijfsmatige trekken (en niet ook op het vrije beroep), terwijl art. 6:170 in het geheel geen onderscheid tussen de uitoefening van een 'beroep' of 'bedrijf' maakt en deze beide vormen van maatschappelijk handelen volledig bestrijkt. Een voordeel van de door mij voorgestane benadering waarin beroepsuitoefening 'integraal' onder de reikwijdte van art. 6:181 valt, is nog dat ter toepassing van deze bepaling – anders dan ten aanzien van art. 6:171 – het hoofd niet gebroken hoeft te worden over de vraag wanneer sprake is van de beoefening van een vrij beroep dan wel een beroep met (voldoende) bedrijfsmatige trekken.

### 6.5.3 *De overheid*

#### 6.5.3.1 OOK DE OVERHEID VALT ONDER HET BEDRIJFSBEGRIIP VAN ART. 6:181

De voornoemde argumenten (a) t/m (h) aan de hand waarvan de wetgever in art. 6:181 heeft gekozen voor een aansprakelijkheid van degene die een 'bedrijf' uitoefent, zijn evenzeer valide indien de overheid zich bij haar taakvervulling bedient van andermans zaken als bedoeld in art. 6:173, 174 en 179. Daaronder in mijn ogen dan niet enkel het overheidsbedrijf begrepen, maar ook de zogeheten klassieke overheid. Deze beide organisaties begeven zich namelijk ook als een 'eenheid' in het maatschappelijk verkeer, waarbij voor derden sprake kan zijn van niet-kenbare of maar moeilijk te doorgronden interne verhoudingen. Denk aan overheidsbedrijven als het provinciale waterleidingbedrijf en het gemeentelijk haven-, parkeer- of afvalverwerkingsbedrijf,<sup>72</sup> of voor wat betreft de (meer) klassieke overheid aan instellingen als een ministerie, de fiscus, Rijkswaterstaat, het UWV of RDW. Ook binnen al deze organisaties worden werkzaamheden verricht door ondergeschikte of zelfstandige hulppersonen en wordt gebruik gemaakt van hulpzaken. Illustratief is de inzet van dieren zoals politiepaarden of -honden bij de handhaving van de openbare orde of opsporing van strafbare feiten. Vermeldenswaard is ook de inzet door de politie van 'ingehuurde' roofvogels om daarmee 'vijandelijke drones' te onderscheppen.<sup>73</sup>

Wanneer een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak van een ander wordt gebruikt binnen een 'overheidseenheid' en schade aanricht, komt evenals in geval van 'traditionele' bedrijfsuitoefening betekenis toe aan de gedachte dat benadeelden behoefte hebben aan een 'centraal adres' voor aansprakelijkheid en hun speurzinn met betrekking tot interne of 'achterliggende' rechtsverhoudingen niet op proef

71 Zie par. 5.4.

72 Vgl. Lubach 2005, p. 304-309 die deze organisaties in het kader van art. 6:171 als overheidsbedrijven duidt.

73 <https://nos.nl/artikel/2131405-roofvogels-klaar-om-gevaarlijke-drones-te-vangen.html>.

behoort te worden gesteld (lees: wie is de bezitter van de zaak of de aan de schadeveroorzaking ex art. 6:162 'schuldige'?). In geval van de overheid kan zelfs in grotere mate sprake zijn van 'een wirwar' van rechtsverhoudingen dan in geval van 'typische' bedrijfsuitoefening: ik breng het hiervoor (par. 6.5.2) al genoemde kleinschalige stukadoorsbedrijf in herinnering.

In het kader van de parlementaire totstandkoming van art. 6:171 is overigens wel aangevoerd dat de 'eenheidsgedachte' (de niet-kenbaarheid van interne rechtsverhoudingen) geen rol zou spelen bij de (klassieke) overheid.<sup>74</sup> Lubach wees in zijn dissertatie over art. 6:171 er al op dat dit niet overtuigend voorkomt, omdat niet alleen bij de uitoefening van een 'bedrijf of beroep' maar ook in geval van de uitvoering van (klassieke) overheidstaken sprake kan zijn van voor benadeelden niet gemakkelijk te doorgronden interne rechtsverhoudingen.<sup>75</sup> Dat in de toelichting op art. 6:171 is aangegeven dat de eenheidsgedachte niet voor de (klassieke) overheid zou opgaan, verdraagt zich bovendien maar moeilijk met hetgeen in de toelichting op art. 6:170 is vermeld. Bij deze laatste gelegenheid werd namelijk vanwege dezelfde 'eenheidsgedachte' en de gedachte van het voor benadeelden vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon, voorgestaan dat niet alleen een 'onderneming' maar ook 'de overheid' kwalitatief aansprakelijk behoort te zijn voor fouten van *ondergeschikte* hulppersonen.<sup>76</sup> De eenheidsgedachte gaat dus ook op voor de overheid, ongeacht of het de klassieke overheid dan wel een overheidsbedrijf betreft. Dat art. 6:171 voor wat betreft de aansprakelijke persoon restrictiever is opgezet dan art. 6:170,<sup>77</sup> heeft mijns inziens dan ook niet te maken met een argument als de 'eenheidsgedachte',<sup>78</sup> maar veeleer met de hoedanigheid van de in art. 6:171 bedoelde hulppersoon. Een zelfstandige hulppersoon werkt in eerste instantie in een eigen bedrijf, niet in dat van een ander (zijn opdrachtgever). Voorts heeft een opdrachtgever minder invloed op en zeggenschap over een zelfstandige hulppersoon in vergelijking met een in art. 6:170 bedoelde ondergeschikte. Dát rechtvaardigt de restrictievere koers van art. 6:171 ten opzichte van art. 6:170.<sup>79</sup>

In herinnering breng ik ook de hiervoor (par. 6.5.2) al genoemde stoel waarvan plotseling een poot afbreekt, de computer of kopieermachine die 'spontaan' in brand vliegt dan wel de schoorsteen die plotseling naar beneden komt van het pand waarin de activiteiten zijn ondergebracht: of het nu om een bedrijfsmatige, beroepsmatige of 'overheidsgebruiker' gaat, de soort hulpzaken is geregeld dezelfde evenals de door gebruikmaking daarvan gecreëerde verhoogde gevaren voor personen en zaken. Voorts geldt ook voor de overheid dat zij zich in het kader

---

74 Parl. gesch. Boek 6, p. 730-731.

75 Lubach 2005, p. 308.

76 Parl. gesch. Boek 6, p. 719, 726.

77 Zie par. 5.3.3.

78 Zie ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7, waar wordt aangegeven dat achter art. 6:170 en 171 dezelfde eenheidsgedachte schuilgaat, alsmede eenzelfde argument van verzekering/schadespreiding.

79 Zie par. 5.4.1 over de spanning die inherent is aan de regel van art. 6:171 maar ontbreekt in art. 6:170 én 181.

van haar activiteiten bedient van specialistisch en kostbaar materieel – met bijbehorende 'verhoogde' gevaren'. Denk alleen al aan werkzaamheden van hulpdiensten als eenheden van politie of brandweer.<sup>80</sup> Ook geldt in geval van het gebruik door de overheid van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken van een ander, dat het in beginsel niet (langer) de 'achterliggende' bezitter maar de overheid als gebruiker is die daarmee de meest sprekende band heeft: het is de overheid die de aan de bedoelde zaken verbonden 'verhoogde' gevaren opwekt en wordt geacht in de beste positie te verkeren verwezenlijking daarvan te voorkomen. Wel zal de positie van de (klassieke) overheid ten opzichte van degene die een beroep of bedrijf uitoefent in die zin als afwijkend bestempeld kunnen worden, dat zij met haar activiteiten niet of nauwelijks winst beoogt, althans van de uitvoering van haar taken doorgaans zelf geen profijt heeft. Sterker nog, het zijn vaak juist derden die 'profiteren' van de activiteiten van de overheid; activiteiten die de overheid zelf geld kosten, gericht op het dienen van het algemene, publieke belang.<sup>81</sup> Toch behoeft dit niet eraan in de weg te staan om activiteiten van de (klassieke) overheid aan te merken als 'bedrijfsuitoefening' in de zin van art. 6:181. Het profijtbeginsel, in de zin van een winsttoogmerk of het behalen van voordeel, is zoals in de wetsgeschiedenis aangegeven immers niet beslissend voor de toepassing van deze bepaling.<sup>82</sup> Hier komt bij (of wellicht beter: staat tegenover) dat de overheid ten opzichte van een beroeps- of bedrijfsuitoefenaar bij uitstek een 'risk spreading capacity' heeft: behoudens de mogelijkheid van het afsluiten van een verzekering – veel overheidslichamen zijn vandaag de dag verzekerd tegen het risico van buitencontractuele aansprakelijkheid –,<sup>83</sup> staat haar immers het stelsel van de belastingen ten dienste.<sup>84</sup>

Vermeldenswaard is nog dat in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:171 een beroep is gedaan op de 'vereenzelvigingsleer' om de overheid in beginsel van deze aansprakelijkheid uit te zonderen.<sup>85</sup> In geval van door in art. 6:171 bedoelde hulppersonen gemaakte fouten bij het uitoefenen van overheidstaken zal volgens de toelichting, anders dan in geval van 'echte' bedrijfsactiviteiten, vaak 'vereenzelviging' plaatsvinden met een *eigen* onrechtmatige daad ex art. 6:162 van het

80 Parl. gesch. Boek 6, p. 747, bevat ter toelichting op de werkingssfeer van art. 6:173, meer in het bijzonder het 'gebreksvereiste', zelfs het voorbeeld van een vuurwapen dat geladen is in een situatie waarin dat dit niet zo behoorde te zijn. Gelet op het geweldsmonopolie dat de overheid nu eenmaal heeft, zou dit als steunargument in de richting van overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige zaken te gelden kunnen hebben.

81 Vgl. in deze zin A-G Spier in zijn conclusie voor het *Wilnis*-arrest, sub 5.14.

82 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

83 Vgl. bijv. – in vervolg op HR 4 april 2014, *NJ* 2014/368, m.nt. Hartlief (*Reaal/Deventer*) – Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECE:NL:GHSHE:2015:2022 (*Reaal/Deventer*), r.o. 2.6.2, waarin het hof reageerde op de stelling van de ex art. 6:174 als wegbeheerder aangesproken gemeente inhoudende dat een eventueel te betalen schadevergoeding ten laste van de schatkist zou komen, dat de gemeente 'voor deze schade is verzekerd'.

84 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 719, 726, waarin 'ondernemingen' en de overheid voor de toepassing van art. 6:170 zijn gelijkgeschakeld mede op basis van het volgens de toelichting voor deze beide soort organisaties gelijkelijk geldende spreidings- en verzekeringsargument. Voor de ex art. 6:170 aansprakelijke overheid wees de toelichting daarbij niet enkel op de mogelijkheid van het afsluiten van een verzekering maar ook op het systeem der belastingen. Uiteraard is ook dit laatste, zeker in crisistijd, geen onuitputtelijke bron en gelden er grenzen; hierop wordt voor de toepassing van art. 6:181 in par. 6.5.3.2 nader ingegaan.

85 Parl. gesch. Boek 6, p. 729-731. Zie over de vereenzelvigingsleer in relatie tot art. 6:170 en 171 reeds par. 5.3.3 (slot).

betreffende overheidslichaam tot gevolg.<sup>86</sup> Omdat deze route van overheidsaansprakelijkheid reeds bestaat, zou geen behoefte bestaan om – in tegenstelling tot het overheidsbedrijf – de klassieke overheid binnen het bereik van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:171 voor het gedrag van *anderen* te brengen. Lubach heeft al aangegeven dat dit vereenzelvingsargument niet overtuigt, aangezien het overgrote deel van de ‘vereenzelvingsgevallen’ juist privaatrechtelijke – en geen publiekrechtelijke – rechtspersonen betreft aan wie de fout van een natuurlijk persoon als eigen onrechtmatige daad ex art. 6:162 wordt toegerekend.<sup>87</sup> Ook kan erop worden gewezen dat het leerstuk van vereenzelving niet alleen op het terrein van art. 6:171 maar evengoed op dat van art. 6:170 relevantie heeft,<sup>88</sup> terwijl de (klassieke) overheid desondanks ‘gewoon’ onder de reikwijdte van art. 6:170 valt.<sup>89</sup> Het vereenzelvingsargument overtuigt dan ook niet om de overheid in beginsel buiten het bereik van een kwalitatieve aansprakelijkheid als art. 6:171 te houden. Bezien we art. 6:181, dan is het vereenzelvingsargument ter inperking van degene op wie deze kwalitatieve aansprakelijkheid rust ook nog om een andere reden niet steekhoudend. Het leerstuk van de vereenzelving betreft namelijk een eigen aansprakelijkheid voor het *gedrag* van een ander. Waar dit in geval van fouten van binnen een bepaalde eenheid werkzame (hulp)personen een alternatief kan vormen voor de aansprakelijkheid van de in art. 6:170 en 171 bedoelde opdrachtgever, kan bedoeld leerstuk niet als ‘vervanger’ fungeren van de in art. 6:181 geregelde aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde *hulpzaken* waarvan binnen een bepaalde eenheid gebruik wordt gemaakt. In het laatste geval is immers geen sprake van een (foutief) *handelen van een persoon*.<sup>90</sup> Waar Lubach ondanks zijn voornoemde kritiek heeft toegegeven dat het uitzonderen van de klassieke overheid van art. 6:171 inderdaad ondervangen zou kunnen worden door de ‘vereenzelvingsleer’,<sup>91</sup> ontbreekt een dergelijk alternatief voor (klassieke) overheidsaansprakelijkheid op grond van art. 6:181 jo. 6:173, 174 en 179.

Gezien alle voornoemde *theoretische* argumenten bestaat geen aanleiding de overheid (waaronder zowel het overheidsbedrijf als de klassieke overheid begrepen) buiten het bedrijfsbegrip van art. 6:181 te houden. Overigens valt zoals eerder al gezegd uit de wetsgeschiedenis van art. 6:181 op te maken dat het ‘overheidsbedrijf’ daar volgens de regering *in ieder geval* onder valt; de stap naar ook de klassieke overheid kan in mijn ogen gelet op vorenstaande dan niet uitblijven.

86 Verwezen wordt naar HR 6 april 1979, NJ 1980/34, m.nt. CJHB (*Kleuterschool Babel*).

87 Lubach 2005, p. 303. Zie ook HR 23 november 2012, NJ 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde (*Spaanse Villa*); HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (*Maple Leaf*). Vgl. ook Hoekzema 2000, p. 221, die aangeeft dat de ‘vereenzelvingsleer’ niet beperkt is tot de overheid en evenmin tot organen daarvan, maar opgeld kan doen bij organen en niet-organen van zowel natuurlijke personen, privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen als andere collectiviteiten.

88 Zie reeds par. 5.3.3 (slot).

89 Zie reeds par. 5.3.1, alsmede hierna par. 6.6.2.

90 Uit het *Wilnis-* en *Paalrot-*arrest volgt weliswaar dat bij de toepassing van art. 6:173 en 174 betekenis toekomt aan gedrags- en zorgvuldigheidsnormen die gelden voor de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker, maar de aansprakelijkheid blijft gekoppeld aan de (gebrekkige) toestand waarin de zaak verkeert. Ter toepassing van de in art. 6:179 geregelde aansprakelijkheid voor dieren is, bij gebreke van een ‘gebreksvereiste’, het gedrag van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker in beginsel in het geheel niet relevant. Vgl. voor dit laatste Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6623 (*Hondenbeet*), r.o. 5.3.

91 Lubach 2005, p. 35-38, 303 e.v.

6.5.3.2 VREES VOOR TE VERGAANDE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID:  
INLEIDENDE OPMERKINGEN

Ter beantwoording van de vraag of de overheid werkelijk 'integraal' onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 behoort te vallen wanneer zij zich van andermans zaken bedient, mag aandacht voor de vraag of daarmee een te vergaande overheidsaansprakelijkheid dreigt niet ontbreken. De Hoge Raad betracht op het gebied van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht namelijk al enige tijd een zekere terughoudendheid ingeval de aangesprokene een overheidslichaam betreft.<sup>92</sup> De overheid heeft nu eenmaal een zekere beleidsvrijheid en beschikt niet over onbeperkte financiële middelen en mankracht, zodat men geen overspannen verwachtingen van de overheid moet hebben, zo lijkt de gedachte. Ook lijkt de Hoge Raad beducht voor een ongewenste 'olievlekwerking': het aannemen van overheidsaansprakelijkheid in het ene geval zou ongewenste macro-effecten kunnen hebben indien zich (in potentie) veel daarmee vergelijkbare gevallen kunnen voordoen.<sup>93</sup> En gedurende de parlementaire totstandkoming van het destijds 'nieuwe' art. 6:171 was het de regering die al specifieke aandacht had voor de 'bijzondere' positie van de overheid als opdrachtgever van zelfstandige hulppersonen. Uit angst voor een onoverzienbare aansprakelijkheid werd bepleit de klassieke overheid van het bedrijfsbegrip in art. 6:171 uit te zonderen.<sup>94</sup> Deze 'blote' (veronder)stelling heeft de regering overigens niet (nader) onderbouwd en stuitte ook wel op kritiek. Zo meende Lubach dat ook indien de overheid 'gewoon' onder het bedrijfsbegrip van art. 6:171 zou vallen daarmee, mede gezien de overige toepassingsvereisten van art. 6:171, de weg nog geenszins open ligt naar een ongebreidelde aansprakelijkheid.<sup>95</sup> Niettemin volgt de rechtspraak nog altijd de wetsgeschiedenis en wordt art. 6:171 stevast niet toegepast op de klassieke overheid.<sup>96</sup> Bezien we art. 6:181 tegen de achtergrond van een eventuele angst voor te vergaande overheidsaansprakelijkheid, dan blijkt dat de regering zich daarover in de summiere toelichting op deze toen eveneens 'nieuwe' aansprakelijkheid niet heeft uitgelaten. Een eventuele angst voor ongebreidelde overheidsaansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 zou mij overigens ook ongegrond voorkomen. Los van het feit dat het 'bedrijfsbegrip' nog maar één van de

92 Relevante arresten zijn HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*); HR 30 november 2012, NJ 2012/689 (*Paalrot*); HR 9 mei 2014, RvdW 2014/691 (*Gladde fietsbrug*); HR 12 juli 2013, RvdW 2013/955 (*Plakoksel*); HR 25 september 2015, JA 2015/165 (*Ongeval sluiscomplex*) en HR 7 oktober 2016, NJ 2017/73, m.nt. Spier (*Stroomkabels*).

93 Vgl. Spier 2014, p. 33-38; Hartlief 2014, p. 177-212; Kolder en Oldenhuis 2017, p. 46-52; De Jong en Van der Linden 2017, p. 4-16; Keirse en Ortlep 2017, p. 3-14. De Hoge Raad laat zich in dit verband niet altijd goed in de kaart kijken en doet zaken regelmatig af onder toepassing van art. 81 RO.

94 Parl. gesch. Boek 6, p. 729-730. Onduidelijk bleef echter waarom in dit verband een principieel onderscheid tussen 'overheid' en 'overheidsbedrijf' werd gemaakt en waarop dit onderscheid dan precies berust. Zo ook Lubach 2005, p. 304-309.

95 Lubach 2005, p. 303, 308.

96 Zie par. 5.3.2.

kernvereisten van art. 6:181 is,<sup>97</sup> moet voor ogen worden gehouden dat art. 6:181 ‘slechts’ ziet op de zogeheten *wie-vraag*: de beantwoording van de vraag *óf* ook een kwalitatieve aansprakelijkheid van de eenmaal aangewezenen intreedt, hangt af van de (eigen) toepassingsvoorwaarden van de art. 6:173, 174 en 179. Hiertoe geldt in dit verband het volgende.

### 6.5.3.3 ROERENDE ZAKEN EN OPSTALLEN

Voor wat betreft roerende zaken (art. 6:173) en opstallen (art. 6:174) is vooral het ‘gebreksvereiste’ van belang. Ter invulling daarvan fungeren op grond van de *Wilnis*-doctrine gezichtspunten als beleidsvrijheid en (beperkte) financiële middelen reeds als een zekere rem op aansprakelijkheid van de overheid.<sup>98</sup> Afhankelijk van ‘de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen’, is de overheidsaansprakelijkheid zodoende steeds op de gewenste maat te snijden. Het op deze genuanceerde wijze begrenzen van de aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 6:173 of 174 valt mijns inziens te prefereren boven het grove(re) middel van het categorisch uitsluiten van de (klassieke) overheid van het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:181. Voor wat betreft roerende zaken valt in dit verband nog te wijzen op lid 2 van art. 6:173 jo. art. 6:185 lid 1 sub b, dat in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid kanaliseert naar de producent. Indien het schadeveroorzakende gebrek al bestond bij het in het verkeer brengen van de zaak door de producent, rust daarvoor geen kwalitatieve aansprakelijkheid op de bezitter (art. 6:173) of ‘bedrijfsmatige’ gebruiker (art. 6:181), dus ook niet op de overheid die als ‘bedrijfsmatige’ gebruiker ex art. 6:181 jo. 6:173 wordt aangesproken.<sup>99</sup> Specifiek voor opstallen is nog relevant de tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181. In geval van schade door een gebrekkige opstal die door een ander dan de eigenaar/ bezitter wordt gebruikt, zal het veelvuldig voorkomen dat ‘het bestaan of ontstaan van het gebrek’<sup>100</sup> niet in verband staat met de activiteiten van de ‘toevallige’ gebruiker van deze opstal.<sup>101</sup> De aansprakelijkheid van art. 6:174 rust dan niet op de ‘bedrijfsmatige’ gebruiker van de opstal – en dus ook niet op de op deze grondslag aangesproken overheid – maar op de bezitter. Kortom, de overheid kan mijns inziens ‘gewoon’ onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 worden geschaard ingeval zij zich in het kader van haar taakvervulling bedient van de in art. 6:173 en 174 bedoelde roerende zaken en opstallen. De (overige) toepassingsvoorwaarden van de art. 6:173, 174 en 181 bieden reeds de nodige waarborgen met het oog op een eventueel te vergaande overheidsaansprakelijkheid.

97 Voordat de overheid ingevolge art. 6:181 belast is met de aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 of 179 zal ook moeten worden voldaan aan het gebruiksvereiste (hoofdstuk 7) en het functioneel verband-vereiste (hoofdstuk 8) van art. 6:181.

98 HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), bevestigd in HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*).

99 Art. 6:174 kent geen vergelijkbare kanaliseringregeling: hier is samenloop met art. 6:185 e.v. derhalve wel mogelijk, zie reeds par. 3.5.3.2.

100 Vgl. HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*), waarover par. 7.6.5.1.

101 Oldenhuis en Kolder 2012, nr. 3.6.1.



## 6.5.3.4 DIEREN

De in art. 6:179 geregelde aansprakelijkheid voor dieren is niet gekoppeld aan een 'gebrek', maar aan de 'eigen energie' van het schadeveroorzakende dier. Daardoor laat art. 6:179 in vergelijking met art. 6:173 en 174 minder manoeuvreerruimte bij de beoordeling óf (het wel wenselijk is dat) de aansprakelijkheid überhaupt intreedt<sup>102</sup> en op wie deze dan behoort te rusten.<sup>103</sup> Levert het feit dat de aansprakelijkheid van art. 6:179 zodoende 'absoluter' is vormgegeven dan die uit art. 6:173 en 174 een dwingend argument op *tegen* toepasselijkheid van art. 6:181 jo. 6:179 op de (klassieke) overheid?<sup>104</sup> Daarvoor zouden alleen al vanuit wets-systematisch oogpunt en gelet op de consistentie van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht dan zeer goede argumenten moeten bestaan. Immers, op enigszins wonderlijke wijze zou aangenomen moeten worden dat de overheid in geval van het gebruik van zaken (art. 6:173/174) wél onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 valt, maar niet ingeval diezelfde 'organisatie' zich bij haar activiteiten bedient van dieren (art. 6:179). Volstrekt ondenkbaar is differentiëren tussen de in art. 6:173 en 174 bedoelde zaken enerzijds en anderzijds de in art. 6:179 bedoelde dieren evenwel niet. HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*) leren inmiddels dat bij de toepassing van het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179) niet volledig over één kam geschoren kunnen worden.<sup>105</sup> Toch meen ik dat ter toepassing van art. 6:181 in relatie tot de overheid geen differentiatie behoort plaats te vinden al naar gelang het gaat om de inzet van zaken (art. 6:173/174) of dieren (art. 6:179). Zo zien het *Hangmat*-arrest en het arrest *Paard Imagine* op een relativiteitsvraag: of degene die zélf als kwalitatief aansprakelijke heeft te gelden (bijv. de medebezitter of de bedrijfsmatige medegebruiker) ook onder het beschermingsbereik van de betreffende aansprakelijkheid valt. Met andere woorden, de bedoelde jurisprudentie is relevant voor de 'onderlinge' kwalitatieve aansprakelijkheid van medebezitters en bedrijfsmatige medegebruikers van de door art. 6:173, 174, 179 en 181 bestreken zaken. De (voor)vraag óf een bepaalde (rechts)persoon wel als bedrijfsmatige gebruiker of bezitter in de zin van art. 6:173, 174, 179 en 181 kwalificeert, betreft een ander vraagstuk. Voor wat betreft dit laatste is van belang dat in de wetsgeschiedenis van art. 6:181 de in relatie tot deze bepaling relevante art. 6:173, 174 en 179

102 Voor art. 6:173 en 174 is relevant of sprake is van een 'gebrek' aan de hand van de *Wilnis*-doctrine.

103 Voor art. 6:173 en 174 is relevant wie verantwoordelijk is voor 'het bestaan of ontstaan van het gebrek': zie voor roerende zaken art. 6:173 lid 2 jo. 6:185 lid 1 sub b en voor opstallen de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1.

104 Ik merk nog op dat blijkens HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/415, m.nt. Van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*) het enkele overbrengen van een besmettelijke ziekte door een dier op andere dieren of mensen – zuivere besmettingsschade – buiten de grondslag van de aansprakelijkheid van art. 6:179 valt. Zo ook Hof Arnhem 19 december 2006, *JA* 2007/64 en bijvoorbeeld Haazen 2011, par. 2.1. Ingevolge art. 6:181 jo. 179 is (ook) de overheid als 'bedrijfsmatige' gebruiker dus niet met een dergelijke aansprakelijkheid te belasten. Zie overigens ook Rb. Den Haag 25 januari 2017, *ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (Q-koorts)*, waarin aansprakelijkheid van de Staat ex art. 6:162 voor de schade van Q-koorts-patiënten werd afgewezen.

105 Zie ook par. 3.3.3.2.

steeds in één adem genoemd worden en in onderlinge samenhang worden besproken.<sup>106</sup> De parlementaire geschiedenis wekt nergens de indruk dat ter beantwoording van de vraag op *wie* de aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 of 179 rust (de bedrijfsmatige gebruiker óf bezitter), onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen schade veroorzaakt door zaken (art. 6:173/174) en dieren (art. 6:179). Sterker nog, uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:181 volgt dat onder het ‘bedrijfsbegrip’ van deze bepaling in ieder geval het overheidsbedrijf valt en aldus belast kan zijn met de aansprakelijkheden van art. 6:173, 174 én 179. In lijn hiermee is dat in Rb. Utrecht 8 augustus 2007, *JA* 2007/153 (*X/Regiopolitie Utrecht*) de Regiopolitie ex art. 6:181 jo. 179 als ‘bedrijfsmatige’ gebruiker werd aangemerkt van een schadeveroorzakende politiehond.<sup>107</sup>

Differentiatie in de toepassing van art. 6:181 op de overheid al naar gelang het gaat om zaken of dieren, zou juridisch-inhoudelijk ook onlogisch voorkomen. De in de wetsgeschiedenis voor een aansprakelijkheid van het ‘bedrijf’ aangevoerde argumenten (a) t/m (h) – zie par. 6.5.1 – zijn immers niet alleen valide indien de overheid bij de uitoefening van haar activiteiten *zaken* gebruikt maar ook ingeval het om *dieren* gaat. Wanneer de overheid – of dit nu een overheidsbedrijf of de klassieke overheid betreft – gebruik maakt van andermans *dieren* (art. 6:179), is het – evenals in geval van gebruikmaking van andermans *zaken* – de overheid die de daaraan verbonden ‘verhoogde’ gevaren in het leven roept en in vergelijking met de ‘achterliggende’ bezitter in de beste positie verkeert om verwezenlijking van die gevaren tegen te gaan en schade te voorkomen. Ook geldt voor de overheid die andermans *dieren* gebruikt dat deze ‘organisatie’ als eenheid aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, vanuit het perspectief van de benadeelde goed opspoorbaar is, alsmede op relatief eenvoudige wijze aan schadeverspreiding kan doen. Het mogelijk ontbreken van een winstoogmerk is in dit verband niet beslissend.

Opgemerkt kan nog worden dat het centrale aanknopingspunt voor aansprakelijkheid van art. 6:179 (‘eigen energie’) weliswaar absoluut is vormgegeven dan dat van art. 6:173 en 174 (‘gebrek’), maar voor de in al deze drie bepalingen opgenomen tenzij-clausule geldt in feite het omgekeerde. Waar de tenzij-clausule van art. 6:173 en 174 gezien de *Wilnis*-doctrine als ontsnappingsroute geen zelfstandige betekenis (meer) toekomt,<sup>108</sup> kan de tenzij-clausule van art. 6:179 de aangesprokene soms nog wel uitkomst bieden. Wanneer in geval van schade veroorzaakt door een in art. 6:173/174 bedoelde zaak eenmaal is aangenomen dat deze is ontstaan door een ‘gebrek’, is een vrijgeleide op basis van de tenzij-formule uit deze bepalingen niet meer mogelijk. In de *Wilnis*-doctrine wordt bij de beoordeling van de gebrekigheid namelijk al dezelfde toets aangelegd zoals die ook op grond van de tenzij-formule van art. 6:173 en 174 heeft te gelden.<sup>109</sup> De tenzij-clausule van art. 6:179 heeft daarentegen (nog) wel zelfstandige betekenis, zij het dat daarop weliswaar

106 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747; Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1001-1003; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-11; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3.

107 Zie voor een bespreking van deze zaak verderop in deze paragraaf.

108 Zie Oldenhuis en Kolder 2012, p. 24-25; Hoekzema 2016, p. 70.

109 Namelijk of bij – zonodig veronderstelde – bekendheid met het gevaar op het moment van het ontstaan ervan al dan niet aansprakelijkheid ex art. 6:162 jegens de benadeelde zou hebben bestaan.

alleen in uitzonderingsgevallen een geslaagd beroep mogelijk is. In geval van op voet van art. 6:179 aangesproken natuurlijke personen of private rechtspersonen zijn de voorbeelden dun gezaaid.<sup>110</sup> Juist in geval van schade veroorzaakt door dieren waarvoor een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt aangesproken, kan de tenzij-clausule van art. 6:179 betekenis toekomen. Dit heeft te maken met de aard van door een overheidslichaam uit te oefenen (publieke) taken, zoals handhaving van de openbare orde of opsporing van strafbare feiten, die enige ruimte met zich kan brengen voor een succesvol beroep op de tenzij-clausule van art. 6:179. Zo beschikt de overheid bijvoorbeeld over een geweldsmonopolie waardoor in bepaalde door art. 6:179 bestreken schadegevallen gesproken kan worden van bevoegd gebruik van geweld dan wel dat het betreffende overheidsoptreden ter handhaving van de rechtsorde gerechtvaardigd was.<sup>111</sup> Een voorbeeld biedt Rb. Utrecht 8 augustus 2007, *JA* 2007/153 (*X/Regiopolitie Utrecht*), waarin een politiehond tijdens een politieoptreden 'spontaan' een derde in zijn arm beet. Geoordeeld werd dat art. 6:179 in beginsel aansprakelijkheid van de Regiopolitie met zich bracht. Gelet op de geweldsinstructie enerzijds en anderzijds de bedreigende situatie, meende de rechtbank echter dat de agent op het moment van het bijtincident ook het commando daartoe aan de politiehond had mogen geven. Daarmee slaagde het beroep van de Regiopolitie op de tenzij-clausule van art. 6:179 en was zij toch niet kwalitatief aansprakelijk.

Ook zou art. 6:101 in bepaalde gevallen nog in de weg kunnen staan aan (volledige) aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de in art. 6:179 bedoelde dieren. Ik besef dat art. 6:101 ziet op iedere wettelijke verplichting tot schadevergoeding en derhalve ook op vorderingen die ex art. 6:179 (jo. 181) tegen een niet-overheidslichaam worden ingesteld. Toch stip ik art. 6:101 in dit verband aan, omdat het in vergelijking met schade veroorzaakt door *zaken* (art. 6:173/174) in geval van schade door *dieren* (art. 6:179) nu eenmaal vaker voorkomt dat de benadeelde daarbij zelf ook wat valt 'toe te rekenen'. Een voorbeeld hiervan op het gebied van overheidsaansprakelijkheid biedt Hof Arnhem 22 juni 2010, *JA* 2010/115 (*X/Politie Regio IJsseland*), over een bijtende politiehond die van zijn begeleider het commando kreeg om in actie te komen maar daarbij afweek van de gegeven opdracht (in plaats van een beet in onderarm of -been, een beet in de geslachtsdelen). Het hof oordeelde dat sprake was van schade door de eigen energie van het dier en achtte de aansprakelijkheid van de Politie Regio op grond van art. 6:179 als bezitter van de hond in beginsel gegeven.<sup>112</sup> Het beroep dat de

110 Het steevast gegeven voorbeeld biedt de inbreker die tijdens zijn nachtelijke activiteiten 'spontaan' door de waakhond wordt gebeten. In dat geval treedt de aansprakelijkheid ex art. 6:179 vanwege schade door de eigen energie van het dier in beginsel in, maar zal de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker uiteindelijk toch vrijuit gaan: laatstgenoemde zou, indien hij de schadeveroorzakende gedraging van de hond in zijn macht zou hebben gehad, daarvoor niet ex art. 6:162 aansprakelijk zijn geweest omdat hem in die hypothetische situatie een beroep op een rechtvaardigingsgrond (noodweer; art. 6:162 lid 2, slot) zou zijn toegekomen.

111 Vgl. op het terrein van art. 6:162 jo. 6:170 bijvoorbeeld Rb. Midden Nederland 23 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7736 (*X/Landelijk Politiekorps*), waarin een agent bij een aanhouding een arm van een derde breekt maar volgens de rechtbank daarmee niet 'onrechtmatig en disproportioneel' heeft gehandeld. Zie ook Rb. Oost-Brabant 1 maart 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:986 (*Brandweerauto rijdt door rood*).

112 Het was in mijn ogen zuiverder geweest de aansprakelijkheid te gronden op art. 6:181 jo. 179, derhalve niet aanknopend bij het bezit van de hond maar bij het 'bedrijfsmatige' gebruik dat de politie van dit dier maakte. Zie par. 4.6.3.

Politie Regio deed op de tenzij-clausule van art. 6:179 werd vervolgens verworpen,<sup>113</sup> maar het hof voegde daaraan wel direct toe: ‘dat de risico-aansprakelijkheid van de Regiopolitie vaststaat [betekent] nog niet dat de vordering van [appellant] (geheel) toewijsbaar is’. Zodra zou komen vast te staan dat het slachtoffer zich bevond in een situatie waarin het de politie vrijstond de hond een commando om te bijten te geven, vormt dat volgens het hof een omstandigheid die ex art. 6:101 aan eerstgenoemde valt toe te rekenen.

Al met al zie ik geen juridisch-inhoudelijke en/of rechtspolitieke argumenten op basis waarvan aangenomen zou moeten worden dat de overheid (waaronder zowel het overheidsbedrijf als de klassieke overheid begrepen) in geval van het gebruik van zaken (art. 6:173/174) wél onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 valt, maar in geval van het gebruik van dieren (art. 6:179) niet.

#### 6.5.3.5 VREES VOOR TE VERGAANDE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID ONGEGROND

Juridische en/of rechtspolitieke argumenten om de overheid als gebruiker van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken en dieren bij de toepassing van art. 6:181 een bijzondere positie te laten innemen, zijn er mijns inziens niet. Steun voor de opvatting dat de overheid (zowel het overheidsbedrijf als de klassieke overheid) onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 valt, kan in mijn ogen nog worden gevonden in het feit dat op deze ‘organisatie’ óók in de hoedanigheid van *bezitter* van dergelijke zaken<sup>114</sup> en dieren<sup>115</sup> de kwalitatieve aansprakelijkheid van de art. 6:173, 174 en 179 kan rusten. Illustratief is het *Wilnis*-arrest waarin het Hoogheemraadschap, een overheidslichaam, als *bezitter* van een verschoven veendijk onder het toepassingsbereik van art. 6:174 viel. Dit terwijl niet eens aan de gedachte van gevaarverhoging,<sup>116</sup> het profijtbeginsel<sup>117</sup> en het verzekeringsargument<sup>118</sup> was voldaan.<sup>119</sup> Het gaat uiteraard te ver om vanwege het enkele feit dat een bepaalde

113 Wanneer de politie de gedraging van de hond in haar macht zou hebben gehad en bewust zou hebben toegelaten (bijten in geslachtsdelen), zou aansprakelijkheid ex art. 6:162 niet hebben ontbroken, aldus het hof.

114 HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*). Zie ook Hof Amsterdam 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN3671 (*Voetbaltrainer*) betreffende een vordering ex 6:174 jegens de gemeente; Rb. Rotterdam 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO3418 (*Loopplank*) betreffende een vordering ex art. 6:173 jegens een gemeentelijk havenbedrijf.

115 Hof Leeuwarden 22 juni 2010, *JA* 2010/115 (*X/Politie Regio Ijsselland*).

116 Het Hoogheemraadschap (of meer algemeen: waterschappen) riep niet zelf een gevaar in het leven en verhoogde geen risico's: integendeel, het spande zich juist in om het bestaande risico op overstroming en wateroverlast tegen te gaan.

117 Een waterschap beoogt geen winst en heeft zelf geen profijt van zijn activiteiten; het zijn in beginsel juist derden die profiteren van de 'risicoverlagende' activiteiten van de waterschappen. De activiteiten van waterschappen kosten enkel geld, en hebben als oogmerk de veiligheid (van burgers en bedrijven) te vergroten.

118 Nederlandse verzekeraars beschouwen schade bij dijkdoorbraken als onverzekerbaar, omdat geen enkele verzekeraar de risico's kan dragen voor de schade die een overstroming in ons land aan kan richten. Nu deze schade van dekking van woningverzekeringen van (potentieel) benadeelden is uitgesloten, ligt het niet voor de hand dat waterschappen in essentie dezelfde schade wél onbeperkt zouden kunnen verzekeren. Vgl. nader A-G Spier in zijn conclusie sub 5.13-5.16.2 voor het *Wilnis*-arrest.

119 De aansprakelijkheid van de overheid werd blijkens het eindarrest Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539 (*Wilnis*) uiteindelijk niet aangenomen omdat niet was voldaan aan het gebreksvereiste van art. 6:174.

(rechts)persoon ex art. 6:173, 174 en 179 (ook) als bezitter kwalitatief aansprakelijk kan zijn, aan te nemen dat diezelfde persoon dáárom ook als 'bedrijfsmatige' gebruiker ex art. 6:181 kan hebben te gelden. Ware dat anders, dan zou in feite eenieder als 'bedrijfsmatige' gebruiker ex art. 6:181 aangemerkt kunnen worden, aangezien in theorie ook eenieder bezitter van een schadeveroorzakend(e) zaak of dier kan zijn. Niettemin meen ik dat hier toch een steunargument vóór overheidsaansprakelijkheid ex art. 6:181 valt te signaleren: indien men, uit angst voor een te vergaande aansprakelijkheid, een principiële uitsluiting van de overheid van de kwalitatieve aansprakelijkheden ex art. 6:173, 174 en 179 jo. 181 zou hebben voorgestaan, zouden deze aansprakelijkheden ook niet op de overheid *als bezitter* hebben kunnen rusten. Niet ter discussie staat echter dat de overheid als bezitter kwalitatief aansprakelijk kan zijn op grond van art. 6:173, 174 en 179. Ik zie niet in dat een dramatisch andere uitkomst bereikt zou moeten worden wanneer diezelfde overheid de in deze artikelen bedoelde zaken bij de uitvoering van haar taken gebruikt (art. 6:181) zónder daarvan bezitter te zijn. Hierbij valt nog aan te tekenen dat het argument van 'gevaarverhoging' – de grondgedachte achter de aansprakelijkheden van de art. 6:173, 174 en 179 -<sup>120</sup> in de regel juist zal opgaan zodra de overheid een zaak niet enkel bezit maar in het kader van haar activiteiten 'gebruikt'.

Dat de overheid 'integraal' onder het toepassingsbereik van art. 6:181 valt, sluit aan bij de dogmatische plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171: niet art. 6:171 maar art. 6:170 fungeert als inspiratiebron voor de toepassing van art. 6:181.<sup>121</sup> Relevant is dat waar art. 6:171 enkel ziet op het overheidsbedrijf en niet ook op de klassieke overheid als opdrachtgever van zelfstandige hulp-personen, een dergelijk onderscheid door art. 6:170 niet wordt gemaakt aangezien ieder overheidslichaam ex art. 6:170 'verantwoordelijk' is voor fouten van zijn ondergeschikten begaan bij de taakvervulling.<sup>122</sup>

Ten slotte is een voordeel van de door mij voorgestane benadering, waarin de overheid 'integraal' onder de reikwijdte van art. 6:181 valt, dat ter toepassing van deze bepaling het lastige en toch enigszins gekunstelde onderscheid tussen het overheidsbedrijf en de klassieke overheid – anders dan op het terrein van art. 6:171 – niet gemaakt hoeft te worden.

#### 6.5.4 *Andere 'organisaties' dan bedrijf, beroep en overheid*

De argumenten (a) t/m (h) op basis waarvan blijktens de wetsgeschiedenis ervoor is gekozen de ex art. 6:181 aansprakelijke persoon te omschrijven als degene die een 'bedrijf' uitoefent – zie par. 6.5.1 –, sluiten evenmin uit dat ook andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer dan een 'bedrijf, beroep of overheid' onder de werkingssfeer van art. 6:181 vallen. Bedoelde argumenten – met als kanttekening dat het profijtbeginsel niet beslissend is – hebben ook geldingskracht

<sup>120</sup> Zie uitvoerig par. 7.5.1.

<sup>121</sup> Zie par. 5.4.

<sup>122</sup> Zie reeds par. 5.3.1.

wanneer ‘organisaties’ als een ziekenhuis, onderwijsinstelling, stichting of vereniging zich in het kader van hun activiteiten bedienen van andermans zaken als bedoeld in art. 6:173, 174 en 179. Alsdan verkeren zij – en niet (langer) de ‘achterliggende’ bezitter – in de beste positie om invloed op de aan de zaak verbonden risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen. Tevens nemen ook andersoortige organisaties dan een bedrijf, beroep of overheid als eenheid deel aan het maatschappelijk verkeer, kan sprake zijn van de inschakeling van hulppersonen en hulpzaken en zullen interne verhoudingen voor derden evenmin altijd gemakkelijk te doorgronden zijn. Deze organisaties kunnen derhalve evenzeer het gewenste ‘centrale adres’ voor aansprakelijkheid vormen. Bovendien hebben ook zij de mogelijkheid – al dan niet door middel van een verzekering – om op relatief eenvoudige wijze aan schadespreiding te doen.<sup>123</sup> Tevens zullen ook hun activiteiten regelmatig in zekere zin gericht zijn op het verkrijgen van profijt, al is dat alleen maar om te kunnen blijven voortbestaan. Kortom, de achtergrond en strekking van art. 6:181 staan er niet aan in de weg om deze aansprakelijkheid ook toe te passen op andersoortige georganiseerde verbanden dan ‘bedrijf, beroep of overheid’ zodra zij zich in het kader van hun activiteiten bedienen van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. In deze richting tendeerde overigens al de toelichting op het bedrijfsbegrip van art. 6:181,<sup>124</sup> welk spoor inmiddels ook in de doctrine en feitenrechtspraak wordt gevolgd.<sup>125</sup>

## 6.6 Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 breder beschouwd

### 6.6.1 Inleidende opmerkingen

Een kritische analyse van de keuze van de wetgever voor de term ‘bedrijf’ ter aanduiding van de ex art. 6:181 aansprakelijke (rechts)persoon, leert dat deze aansprakelijkheid geenszins beperkt is tot degene die ‘typische’ bedrijfsactiviteiten verricht. Ook het beroep, de overheid en andersoortige organisaties als ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, verenigingen en stichtingen kunnen onder het bereik van art. 6:181 vallen. Dat deze kwalitatieve aansprakelijkheid zodoende betrekking heeft op een brede groep deelnemers aan het maatschappelijke verkeer, past bij een bredere beschouwing van het bedrijfsbegrip van art. 6:181. Deze aansprakelijkheid heeft namelijk een zekere band met een drietal andere kwalitatieve aansprakelijkheden, te weten die van art. 6:170 (ondergeschikten), art. 6:185 e.v. (gebrekkige producten) en art. 6:175 (gevaarlijke stoffen). De *hoedanigheid* van degene die op basis van deze drie regelingen kwalitatief aansprakelijk kan zijn, is inmiddels wel al nagenoeg uitgekristalliseerd. Dat is van belang wanneer art. 6:181 niet geïsoleerd wordt gelezen maar met aandacht voor de samenhang die hij vertoont met de art. 6:170, 185 e.v. en 175. Wie op grond van dit drietal aan art. 6:181 verwante bepalingen als aansprakelijke heeft te gelden, kan dan ook tot inspiratie dienen ter

123 Zo zou bijvoorbeeld een vereniging de kosten van aansprakelijkheid of verzekeringspremies kunnen doorberekenen in de te betalen contributie, een onderwijsinstelling in het te betalen ‘collegegeld’ en zouden bedoelde kosten voor ziekenhuizen verdisconteerd kunnen worden in de premies voor de verplichte zorgverzekering.

124 Par. 6.2.

125 Par. 6.3.

bepaling van degene die op grond van art. 6:181 aansprakelijk behoort te zijn. In het navolgende sta ik stil bij de door de art. 6:170, 185 e.v. en 175 aangewezen aansprakelijke (rechts)personen.

### 6.6.2 Aansprakelijkheid voor ondergeschikten

Zoals reeds door mij bepleit, fungeert niet art. 6:171 maar art. 6:170 als inspiratiebron voor de toepassing van art. 6:181.<sup>126</sup> Dit is onder meer van belang bij het in kaart brengen van degenen die ingevolge art. 6:181 met een kwalitatieve aansprakelijkheid belast kunnen worden. Art. 6:171 ziet namelijk enkel op degene die een 'bedrijf' uitoefent, waarbij deze term dan een enigszins ruime uitleg toekomt nu daaronder ook het beroep met bedrijfsmatige trekken en het overheidsbedrijf worden begrepen. Het bereik van art. 6:170 lid 1 is aanzienlijk ruimer. Dit volgt uit lid 2 van art. 6:170, dat een restrictievere aansprakelijkheid voor ondergeschikten kent dan die uit art. 6:170 lid 1.<sup>127</sup> De aansprakelijkheid uit lid 2 van art. 6:170 geldt voor natuurlijke personen die *niet* handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Daarmee ziet lid 1 op het 'gebruik' van hulppersonen door *iedere rechtspersoon én ieder natuurlijk persoon, mits beroeps- of bedrijfsmatig handelend*. Eerder is al gebleken dat op grond van art. 6:170 lid 1 zodoende een brede groep opdrachtgevers aansprakelijk is: voor de toepassing van art. 6:170 zijn niet alleen het 'bedrijf' en 'beroep' gelijkgeschakeld maar wordt daarmee ook de overheid (zowel het overheidsbedrijf als de klassieke overheid) op één lijn wordt gesteld, terwijl art. 6:170 bovendien betrekking kan hebben op organisaties als ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, stichtingen en verenigingen.<sup>128</sup> Nu de aansprakelijkheid voor hulpzaken van art. 6:181 in feite het equivalent is van de aansprakelijkheid voor hulppersonen van art. 6:170 lid 1, is de precieze hoedanigheid van degene die op grond van art. 6:170 lid 1 kan worden aangesproken interessant. Waar liggen op het terrein van art. 6:170 lid 1 de grenzen? En is aan art. 6:170 lid 1 wellicht wél een algemene maatstaf te ontleen ter duiding van de kwalitatief aansprakelijke?

Ten eerste ontsluit zich met de toepasselijkheid van art. 6:170 lid 1 op iedere rechtspersoon al een ruim bereik. Concreet kunnen worden genoemd de in Boek 2 BW geregelde *privaatrechtelijke* rechtspersonen: de besloten vennootschap (B.V.), naamloze vennootschap (N.V.), stichting, vereniging,<sup>129</sup> coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:3). Voorts ziet lid 1 van art. 6:170 op *publiekrechtelijke* rechtspersonen zoals de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen (art. 2:1 lid 1) en bijvoorbeeld ook landelijke en regionale eenheden van de politie (art. 25 en 26 Politiewet 2012). Voorts bezitten ook kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen, zoals een bisdom of parochie, rechtspersoonlijkheid (art. 2:2 lid 1). Al deze 'organisaties' zijn dus ex art. 6:170 lid 1 kwalitatief aansprakelijk voor schade door 'fouten' van hun ondergeschikte hulppersonen die in verband met de taakvervulling worden gemaakt.

<sup>126</sup> Zie par. 5.4.

<sup>127</sup> Lid 2 kenmerkt zich door een strikter functioneel verband-vereiste dan lid 1: lid 2 vestigt alleen een aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor fouten van de ondergeschikte begaan *binnen* zijn taakvervulling, terwijl lid 1 zich ook uitstrekt tot fouten die daarbuiten worden gemaakt.

<sup>128</sup> Zie par. 5.3.1.

<sup>129</sup> Waaronder de vereniging van appartementseigenaren (art. 5:124 lid 1).

Gaat het niet om een rechtspersoon maar een *natuurlijk persoon*, dan is lid 1 van art. 6:170 eveneens toepasselijk mits diegene beroeps- of bedrijfsmatig handelt. Hierbij kan in ieder geval gedacht worden aan de privaatrechtelijke rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid als de eenmanszaak,<sup>130</sup> vennootschap onder firma (V.o.f., art. 16 WvK), commanditaire vennootschap (C.V., art. 19 WvK) en maatschap (art. 7A:1655 e.v.).<sup>131</sup> Ter beantwoording van de vraag aan welke natuurlijke personen in de context van lid 1 van art. 6:170 nog meer kan worden gedacht, is relevant dat in de parlementaire geschiedenis het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 van art. 6:170 is gemotiveerd met het spreidingsargument en de eenheids-gedachte. De natuurlijke persoon die beroeps- of bedrijfsmatig handelt heeft een ‘risk spreading capacity’ vanwege de mogelijkheid schadeanspraken en/of verzekeringskosten af te wentelen op de afnemers van zijn goederen of diensten. Voorts moet blijken de wetsgeschiedenis degene die als eenheid aan het maatschappelijk verkeer deelneemt ook met succes aansprakelijk gesteld kunnen worden voor binnen die eenheid gemaakte ‘fouten’, zonder dat de benadeelde hoeft te bewijzen welke ondergeschikte de schade precies toebracht.<sup>132</sup> Deze argumenten van schadespreiding en ‘eenheid’ rechtvaardigen de ruimere aansprakelijkheid uit lid 1 van art. 6:170, en zijn volgens de wetsgeschiedenis ‘niet deugdelijk’ in geval van fouten van personeel in dienst van ‘particulieren’.<sup>133</sup> In de literatuur over het toepassingsgebied van lid 2 van art. 6:170 wordt wel gesproken van de ‘werkgever in de privésfeer’.<sup>134</sup> Als voorbeelden van zijn aansprakelijkheid worden genoemd fouten begaan door huispersoneel, de kinderoppas, tuinman en tijdens een huishoudelijke stage binnen gezinsverband.<sup>135</sup>

Wat naar voren komt, is dat waar lid 2 van art. 6:170 spreekt van natuurlijke personen die *niet* beroeps- of bedrijfsmatig handelen, daarmee de facto wordt bedoeld op opdrachtgevers van ondergeschikte hulppersonen in de particuliere oftewel privésfeer. Daarmee ziet de hoofdregel van lid 1 van art. 6:170 op iedere *professionele* opdrachtgever. Hieronder vallen dan inderdaad in ieder geval de reeds in relatie tot art. 6:170 lid 1 concreet genoemde ‘organisaties’ als een bedrijf, beroep, de overheid, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, stichtingen en verenigingen. Nu met ‘de professional’ een algemene maatstaf is gevonden, kan aan de hand

130 Een natuurlijk persoon die zelfstandig een onderneming drijft. Voor deze ondernemingsvorm bestaat geen wettelijke regeling. Omdat de eenmanszaak geen zelfstandige juridische betekenis heeft, is de natuurlijke persoon-ondernemer zelf eigenaar van de productiemiddelen van de onderneming en op hem rusten de vermogensrechtelijke verplichtingen die hij in het kader van de onderneming is aangegaan.

131 Anders dan een NV of BV, is een personenvennootschap geen rechtspersoon. Vgl. Mohr en Meijers 2013, p. 3.

132 Parl. gesch. Boek 6, p. 714, 718 en 726. Zie omtrent het aspect van ‘opspoorbaarheid’ in dit verband ook HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.2.

133 Parl. gesch. Boek 6, p. 714, 722.

134 Zie Lankhorst, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:170, aant. 4.

135 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/189; Oldenhuis 2014/49; Verheij 2015/33; Spier e.a. 2015/91.



daarvan worden aangenomen dat bijvoorbeeld ook een niet concreet in de wets-geschiedenis genoemde kerkelijke instelling onder de reikwijdte van art. 6:170 lid 1 valt.<sup>136</sup> Alleen de groep van niet-professionele c.q. *particuliere* opdrachtgevers valt buiten het bereik van deze regeling.

Dit sluit aan bij andere wettelijke regelingen in het BW, waarin eveneens wordt gesproken van de 'natuurlijk persoon die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelt'. Zodoende beogen art. 6:236 (zwarte lijst) en 237 (grijze lijst) door middel van deze maatstaf bescherming te bieden aan 'particulieren' of 'consumenten' c.q. degenen die goederen of diensten verwerven ten behoeve van hun privégebruik (waaronder begrepen gebruik in het gezin of huishoudelijk gebruik) tegen gebruikers van onredelijke algemene voorwaarden.<sup>137</sup> In de regeling van de consumentenkoop (art. 7:5) is vanuit het oogpunt van consistentie de maatstaf van 'natuurlijk persoon die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelt' uit art. 6:236 en 6:237 overgenomen,<sup>138</sup> waaromtrent wordt aangegeven dat hiermee wordt bedoeld op degene die *niet* professioneel maar privé, als particulier c.q. als consument optreedt.<sup>139</sup> Kortom, degene die op grond van art. 6:170 lid 1 aansprakelijk is, betreft eenieder die *professioneel* handelt. Tegenover deze 'professional' staat degene die privé c.q. als particulier of 'consument' handelt.

Nu art. 6:170 lid 1 als oriëntatiepunt voor de uitleg van art. 6:181 heeft te gelden, ligt het in de rede dat art. 6:181 de aansprakelijkheid doet rusten op iedere *professionele* gebruiker van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Zodoende vindt ook art. 6:181 zijn grens waar de professionele sfeer ophoudt en de particuliere c.q. privé sfeer begint. Hiermee is ook een hanteerbare algemene maatstaf gegeven, aan de hand waarvan telkens in het voorliggende geval kan worden beoordeeld of de concrete betrokkene al dan niet onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 valt. In geval van niet-professioneel gebruik van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken mist art. 6:181 toepassing en doet de aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter dienst als vangnet. Zo beschouwd vormt het stelsel van art. 6:181 *jo.* 173, 174 en 179 betreffende hulpzaken in feite het equivalent van art. 6:170 lid 1 *en* 2 betreffende hulppersonen. Art. 6:170 stelt

136 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8971 (*Misbruik door pastoor*), waaruit volgt dat een Aartsbisdom onder de ex art. 6:170 lid 1 aansprakelijken kan vallen. Ook noem ik HR 15 december 2017, *RvdW* 2018/30 (*Parochie X*), waarin een Parochie werd geacht een 'bedrijf' in de zin van lid 4 van art. 7:658 uit te oefenen. Uit de conclusie van A-G Keus sub 3.12-13 voor het arrest blijkt dat met 'beroep of bedrijf' in lid 4 van art. 7:658 (vooral) is beoogd 'privésituaties' buiten het toepassingsbereik van deze bepaling te houden, waarvan in het geval van de activiteiten van de Parochie geen sprake was. Een dergelijke ruime uitleg van het bedrijfsbegrip in lid 4 van art. 7:658 is mijns inziens niet geheel zonder betekenis voor het bedrijfsbegrip van art. 6:181: de ratio van beide bepalingen is namelijk op dezelfde leest geschoeid. De gedachte achter art. 7:658 lid 4 is dat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht (*Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 14, p. 6), terwijl een gedachte achter art. 6:181 valt aan te wijzen inhoudende dat in geval van schade door bedrijfsmatige activiteiten de rechtspositie van de benadeelde niet mag verschillen, al naar gelang de bedrijfsmatige gebruiker zijn activiteiten verricht met eigen dan wel 'ingeleende' hulpzaken (vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746).

137 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/499; Valk, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:236, aant. 2 en art. 6:237, aant. 1.

138 Asser/Hijma 7-1 2013/74.

139 Asser/Hijma 7-1 2013/77.

voor schadeveroorzakende hulppersonen de aansprakelijkheid in de professionele sfeer voorop (lid 1) en kent voor de particuliere sfeer een bijzondere regeling (lid 2). Gaat het om schadeveroorzakende hulpzaken, dan stelt art. 6:181 de aansprakelijkheid in de professionele sfeer voorop, en geldt de aansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 van de (particuliere) bezitter als vangnet.<sup>140</sup> Art. 6:171 daarentegen ziet op de bedrijfsmatige context in meer traditionele zin en kent geen aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen van opdrachtgevers in de particuliere sfeer.

### 6.6.3 Productenaansprakelijkheid

Afd. 6.3.3 BW (art. 6:185 e.v.) kent een kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent voor gebrekkige producten. Aan de orde is al gekomen dat de aansprakelijkheid van art. 6:181 jo. 173 uit afd. 6.3.2 BW voor gebrekkige roerende zaken hiermee behoorlijk ‘verstrengeld’ is.<sup>141</sup> Doorgaans kwalificeert een gebrekkig product namelijk tevens als een gebrekkige roerende zaak. Daarmee kan op schade veroorzaakt door eenzelfde soort roerende zaken, afhankelijk van *het moment* waarop het gebrek in de zaak is ontstaan,<sup>142</sup> *het soort* schade dat is aangericht<sup>143</sup> en ook *de omvang* van de ontstane schade<sup>144</sup> soms de ene afdeling toepasselijk zijn, soms de andere. Zodoende komt een zekere consistentie ten aanzien van de *hoedanigheid* van de door afd. 6.3.3 BW en art. 6:181 jo. 173 uit afd. 6.3.2 BW aangewezen aansprakelijke persoon wenselijk voor. Denk bijvoorbeeld aan twee zaakschades in de privésfeer door eenzelfde soort ‘van meet af aan’ gebrekkige zaak, waarbij in het ene geval de franchise-drempel wel wordt gehaald en in het andere niet. Of waarbij in het ene geval zaakschade wordt toegebracht door een gebrekkige zaak in de privésfeer en in het andere geval daarbuiten. Het zou mijns inziens ongerijmd voorkomen indien in deze gevallen van eenzelfde soort zaken en eenzelfde soort schade, de hoedanigheid van de daarvoor op grond van afd. 6.3.3 BW dan wel art. 6:181 jo. 173 aansprakelijke (sterk) uiteen lopen. Gelet op de verwevenheid van art. 6:181 jo. 173 met afd. 6.3.3 BW, is het dan ook interessant na te gaan wat de precieze hoedanigheid is van de producent die op grond van art. 6:185 e.v. met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige producten is belast.

#### 6.6.3.1 DEGENE DIE BEROEPS- OF BEDRIJFSMATIG HANDELT

Art. 6:185 lid 1 sub c bepaalt dat de producent niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product, indien de vervaarding of verspreiding hiervan *niet* plaatsvond ‘in het kader van de uitoefening van zijn beroep of

140 Wel geldt hierbij dat art. 6:170 lid 2 een restrictievere aansprakelijkheid kent dan die uit art. 6:170 lid 1, terwijl de aansprakelijkheid van de bezitter ex art. 6:173, 174 en 179 in beginsel inhoudelijk niet anders/beprekter is dan wanneer art. 6:181 toepasselijk is.

141 Par. 3.5.3.

142 Vgl. lid 2 sub a van art. 6:173 jo. art. 6:185 lid 1 aanhef en sub b.

143 Vgl. de in art. 6:190 limitatief omschreven schadesoorten, te weten personenschade en zaakschade in de privésfeer, waarop afd. 6.3.3 BW toepasselijk is.

144 Vgl. de in lid 2 sub b van art. 6:173 jo. 6:190 lid 1 sub b geregelde franchise met betrekking tot zaakschade in de privésfeer.

bedrijf".<sup>145</sup> Met andere woorden, afd. 6.3.3 BW heeft betrekking op de producent die *beroeps- of bedrijfsmatig* handelt. Hiermee is de regeling van de productenaansprakelijkheid voor wat betreft de aansprakelijke persoon in ieder geval 'tekstueel' ruimer opgezet dan de vuistregel van art. 6:181, waarin immers enkel van 'bedrijf' en niet ook van 'beroep' wordt gesproken.<sup>146</sup> Wordt de maatstaf 'beroep of bedrijf' in de zin van art. 6:185 lid 1 sub c nader beschouwd, dan blijkt dat de aanvankelijk voorgestelde tekst van deze bepaling enkel van 'beroep' sprak.<sup>147</sup> In de toelichting hierop werd echter aangetekend dat onder deze term de *beroeps- én bedrijfsmatig* handelende producent verstaan moest worden.<sup>148</sup> Beoogd werd namelijk, aldus de toelichting, degene die buiten zijn 'beroep of bedrijf' een product vervaardigt en dit zonder commercieel oogmerk in het verkeer brengt, niet met een kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor te belasten. Voorts vermeldde de toelichting dat in dit verband onder 'bedrijf' mede het overheidsbedrijf kan worden begrepen.<sup>149</sup> Ondanks deze toelichting werd vanuit de Tweede Kamer kritisch opgemerkt dat de tekst van art. 6:185 lid 1 sub c toch enkel sprak van 'beroep'. Men vroeg zich af waarom in de wettekst niet ook de term 'bedrijf' was opgenomen. Daarnaast werd de minister verzocht in te gaan op de positie van gemeentelijke en provinciale overheden; kan een overheidslichaam ook als producent in de zin van art. 6:185 lid 1 sub c hebben te gelden?<sup>150</sup> De minister reageerde als volgt:

'De vraag van de leden van de C.D.A.-fractie of onder de uitoefening van een *beroep* in dit onderdeel de uitoefening van een *bedrijf* mag worden begrepen, beantwoorden wij bevestigend. De Franse tekst spreekt in dit verband over een "*activité professionnelle*", hetgeen betrekking heeft op de uitoefening van zowel een beroep als een bedrijf. (...) De vraag van deze leden of in de opzet van de wettelijke regeling ook gemeentelijke en provinciale *overheden* producent kunnen zijn, beantwoorden wij bevestigend.'<sup>151</sup> (curs. AK)

Met de term 'beroep' in het oorspronkelijk voorgestelde art. 6:185 lid 1 sub c werd dus ook bedoeld op het 'bedrijf' en de overheid. Volgens de toelichting drukt de term 'beroep' uit dat de regeling van productenaansprakelijkheid ziet op alle *professionele activiteiten*. Hiernaast leert de toelichting op art. 6:185 lid 1 sub c nog dat het profijtbeginsel in dit verband niet beslissend is. De toelichting wijst ter illustratie op bloedbanken als producent van uit donorbloed bereide producten.

145 Art. 6:185 lid 1 sub c is vormgegeven als een bevrijdend verweer van de aangesproken producent. Dit verweer bestaat uit twee elementen waaraan voor een succesvol beroep daarop voldaan dient te zijn. Naast de eis dat niet beroeps- of bedrijfsmatig is gehandeld, geldt de eis dat het product niet is vervaardigd met een economisch doel. Het eerste vereiste ziet op de hoedanigheid van de producent, het tweede op het doel van de productie.

146 Voor het in 1995 aan art. 6:181 toegevoegde lid 3 ter omschrijving van degene *aan wie* een gevaarlijke stof ter beschikking wordt gesteld, geldt dit niet aangezien daarin ook van 'beroep of bedrijf' wordt gesproken. Zie daarover par. 6.6.4.

147 *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, 2, p. 2. Vermeldenswaard is dat ter aanduiding van de ex art. 6:181 en 171 aansprakelijke juist enkel van 'bedrijf' werd gesproken, en gedurende de totstandkoming vervolgens discussie ontstond over de interpretatie van dát begrip, onder meer of daaronder ook degene die een 'beroep' uitoefent kan worden begrepen.

148 *Kamerstukken II*, 1985/86, 19636, 3, p. 3.

149 *Kamerstukken II*, 1985/86, 19636, 3, p. 8.

150 *Kamerstukken II*, 1987/88, 19636, 5, p. 13.

151 *Kamerstukken II*, 1987/88, 19636, 6, p. 17.

Bloedproducten worden volgens de toelichting wel in het kader van de uitoefening van een ‘bedrijf’ vervaardigd als bedoeld in art. 6:185 lid 1 sub c, ook al is geen sprake van een ‘bedrijf’ met een winstoogmerk.<sup>152</sup> Een bloedbank handelt immers nu eenmaal als professional c.q. niet in de particuliere of privésfeer; het al of niet bestaan van een winstoogmerk maakt dat niet anders. Gelet op de ruime groep ‘producenten’ die de minister gezien het vorenstaande voor ogen had bij de regeling van de productenaansprakelijkheid is het opmerkelijk te noemen dat in het aanvankelijk voorgestelde art. 6:185 lid 1 sub c enkel werd gesproken van de uitoefening van een ‘beroep’. De minister weet deze ‘terminologische oneffenheid’ aan de omstandigheid dat het na het bereiken van het politieke compromis over de aan de regeling ten grondslag liggende EG-richtlijn moeilijk was in de nog beschikbare korte tijd taalkundige wijzigingen in de teksten in de verschillende talen aan te brengen, zonder opnieuw inhoudelijke discussies op te roepen. Toch was de Tweede Kamer niet overtuigd: zij meende dat het toch aanbeveling verdiende in de wettekst zelf in ieder geval tot uitdrukking te brengen dat het begrip ‘beroep’ tevens ‘bedrijf’ omvat.<sup>153</sup> Hoewel volgens de minister ‘op dit punt geen twijfel kan bestaan over de bedoeling van de richtlijn’ was hij ter voorkoming van onduidelijkheid bereid de verlangde aanpassing door te voeren.<sup>154</sup> Omtrent de aangepaste, nieuwe maatstaf ‘in de uitoefening van een *beroep of bedrijf*’ gaf de toelichting op art. 6:185 lid 1 sub c nog aan:

‘Door deze beperkingen blijven (...) produkten die in de *privésfeer* worden vervaardigd of gedistribueerd buiten het bereik van de richtlijn.’<sup>155</sup> (curs. AK)

Dat de kwalitatieve aansprakelijkheid van afd. 6.3.3 BW is bedoeld voor *professionele* activiteiten en aldus niet ziet op producenten in de *privésfeer*,<sup>156</sup> komt ook tot uitdrukking in de literatuur. Eensluidend wordt aangenomen dat art. 6:185 lid 1 sub c beoogt vervaardiging en verspreiding van producten ‘in de privésfeer’ van aansprakelijkheid uit te sluiten. Als voorbeelden worden wel genoemd schade door ondeugdelijke, zelfgemaakte maaltijden in de privésfeer die met burens of vrienden worden gedeeld en de liefdadigheidsinstelling die zelfgemaakte etenswaren verkoopt.<sup>157</sup> Een overheidsziekenhuis dat zijn diensten ten laste van openbare middelen aanbiedt, zonder daarvoor een rechtstreekse betaling van de patiënt te vragen, wordt wel geacht een ‘beroep of bedrijf’ in de zin van art. 6:185 lid 1 sub c uit te oefenen. Nu gaat het immers wel om een ‘professional’, terwijl een winstoogmerk als gebleken niet nodig is voor de toepasselijkheid van afd. 6.3.3 BW. Gelet op dit laatste behoeft het in mijn ogen overigens niet in alle gevallen even

152 *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 9, p. 10. Evenals inzake art. 6:171 en 181, is (ook) voor de toepassing van afd. 6.3.3 BW een winstoogmerk dus niet vereist om met de kwalitatieve aansprakelijkheid te kunnen worden belast.

153 *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 8, p. 5.

154 *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 9, p. 6; *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 10; *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 11, p. 1. De bepaling werd uiteindelijk ongewijzigd ingevoerd: *Kamerstukken II* 1989/90, 21430, 1-2.

155 *Kamerstukken II* 1988/89, 19636, 9, p. 6.

156 Niet alleen via art. 6:185 lid 1 sub c wordt in afd. 6.3.3 BW onderscheid gemaakt tussen de professionele en privésfeer. Zo bepaalt art. 6:190 lid 1 dat de aansprakelijkheid van de producent behoudens personenschade geldt voor schade aan een zaak ‘die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer is bestemd en door de benadeelde ook hoofdzakelijk in de privésfeer is gebruikt of verbruikt, met toepassing van een franchise ten belope van € 500.’

157 Vgl. Spier e.a. 2015/140; Dommering-van Rongen 2000, p. 78; Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:185, aant. 2.3.1.

vanzelfsprekend te zijn dat een liefdadigheidsinstelling als voornoemd niet voldoet aan het vereiste van 'beroep of bedrijf' in de zin van art. 6:185 lid 1 sub c. Waar het steeds op aankomt, is of een dergelijke instelling als (voldoende) 'professioneel' kwalificeert. Grensgevallen zouden zich dan kunnen voordoen. Betreft het een kleinschalige organisatie, 'voor en door vrijwilligers', met louter een gezelligheidskarakter, dan schuurt men inderdaad aan tegen de privésfeer. Zijn de betreffende instelling en haar activiteiten echter 'professioneler' georganiseerd, dan acht ik het niet ondenkbaar dat het uitoefenen van een 'beroep of bedrijf' in de zin van art. 6:185 lid 1 sub c weldegelijk in beeld kan komen.<sup>158</sup> Over de eveneens in de literatuur wel genoemde persoon in de privésfeer die zijn bureaus uitnodigt een zelfgemaakte taart te eten, zal weinig discussie mogelijk zijn. Aardig in dit verband is nog de opkomst van de zogeheten 3D-printer, ook in de particuliere sfeer.<sup>159</sup> Stel dat een derde schade lijdt door een gebrekkig '3D-object', afkomstig van een dergelijke 'fabriek op het aanrecht'. Zou de betreffende producent *in de privésfeer* (toch) geacht kunnen worden beroeps- of bedrijfsmatig te hebben gehandeld?<sup>160</sup> Van het in beginsel particuliere 3D-printen zou op zijn minst gezegd kunnen worden dat dit aanschuurt tegen de professionele sfeer. Een 3D-printer is immers als een 'mini-fabriek' te beschouwen, die door het gebruik van grondstoffen 3D-objecten produceert.<sup>161</sup>

#### 6.6.3.2 RELEVANTIE VOOR ART. 6:181

Een beschouwing van de aansprakelijke persoon binnen de regeling van de aan art. 6:181 verwante productenaansprakelijkheid is in mijn ogen waardevol, omdat daaruit ten eerste blijkt dat een door de wetgever gekozen kernbegrip ter aanduiding van de aansprakelijke persoon in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht niet steeds naar het normale spraakgebruik wordt uitgelegd. Zo werd in het ontwerp-artikel 6:185 lid 1 sub c aanvankelijk voor de enkele term 'beroep' gekozen, terwijl daarmee werd beoogd een aanzienlijk brede(re) groep aansprakelijken aan te duiden, namelijk iedere 'professional' terwijl een winstoogmerk niet is vereist. Uiteindelijk is de maatstaf 'beroep of bedrijf' in de wet terechtgekomen, die de ruime werkingssfeer van de productenaansprakelijkheid – alleen degene die als particulier c.q. in de privésfeer handelt valt buiten het bereik van afd. 6.3.3 BW – taalkundig gezien nog altijd niet adequaat omschrijft. Ter aanduiding van de op grond van art. 6:181 aansprakelijke bezigt de wetgever de enkele term 'bedrijf' (art. 6:181 lid 1 en 2; art. 6:181 lid 3 aanhef) en ook het tekstueel ruimere 'beroep of bedrijf' (art. 6:181 lid 3 vervolg). Hierbij tekende de toelichting aan dat het bedrijfsbegrip van art. 6:181 uitgelegd moet worden naar de strekking van deze

158 Het is ex art. 6:185 lid 1 sub c als gezegd aan de aangesproken 'producent' aan te tonen dat van de uitoefening van een 'beroep of bedrijf' geen sprake is.

159 Spijkerman 2015, p. 164-169.

160 Spijkerman 2015, p. 167 meent van wel, omdat de particulier als fabrikant van een eindproduct ex art. 6:187 lid 2 kan worden gezien. Hierbij lijkt zij echter te miskennen dat ex art. 6:185 lid 1 sub c ook voor dat geval met zich brengt dat van een 'beroeps- of bedrijfsmatig' karakter sprake moet zijn.

161 Spijkerman 2015, p. 167.

bepaling zelf.<sup>162</sup> Dat ‘bedrijf’ dan wel ‘beroep of bedrijf’ binnen art. 6:181 een andere (lees: ruimere) uitleg toekomt dan conform het normale spraakgebruik, zou op het gebied van het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht dan ook geen novum zijn.

Ten tweede is een analyse van de hoedanigheid van de op grond van afd. 6.3.3 BW aansprakelijke producent waardevol voor de toepassing van art. 6:181, aangezien art. 6:181 jo. 173 en afd. 6.3.3. BW zoals reeds gezegd met elkaar verweven zijn. Ik breng in herinnering het zojuist gegeven voorbeeld (par. 6.6.3) van twee zaakschades in de privésfeer door eenzelfde soort ‘van meet af aan’ gebrekkige zaak, waarbij in het ene geval de franchise-drempel wel wordt gehaald en in het andere niet. Voorts noem ik wederom het voorbeeld waarbij in het ene geval zaakschade wordt toegebracht door een gebrekkige zaak in de privésfeer en in het andere geval daarbuiten. In het ene geval is afd. 6.3.3 BW toepasselijk, in het andere art. 6:181 jo. 173. Is afd. 6.3.3 BW toepasselijk, dan kunnen voor de schade zonder meer de bedrijfs- en beroepsmatige producent alsook de overheid als ‘professional’ worden aangesproken. Het zou ongerijmd voorkomen dat wanneer in gevallen die daar feitelijk zeer dicht tegenaan liggen maar waarin art. 6:181 jo. 173 de grondslag voor aansprakelijkheid vormt, de *beroepsmatige* gebruiker en/of de *overheid* niet zouden zijn belast met een kwalitatieve aansprakelijkheid. Het ligt wetssystematisch alsook vanuit het oogpunt van consistentie voor de hand aan te nemen dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken in art. 6:181 jo. 173 (ook) – primair – ziet op de *professionele* gebruiker daarvan, waarbij een winsttoegmerk c.q. het profijtbeginsel niet beslissend is.<sup>163</sup> Aangezien hetgeen op grond van art. 6:181 met betrekking tot het bedrijfsbegrip voor roerende zaken geldt (art. 6:173) ook opgaat voor opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179),<sup>164</sup> valt geïnspireerd op afd. 6.3.3 BW alleen de niet-professionele gebruiker van deze zaken buiten de aansprakelijkheid van art. 6:181. De aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 doet daarbij dienst als vangnet.

#### 6.6.3.3 HET ‘VANGNET-ARGUMENT’

Wanneer een producent van een gebrekkige zaak *geen* professionele hoedanigheid heeft, ontbreekt voor de verhaal zoekende benadeelde *binnen afd. 6.3.3 BW* een ‘vangnet’ in de vorm van een ‘particuliere’ aansprakelijkheid. Binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173 ligt dit anders: bij gebreke van een ‘bedrijfsmatige’ (lees: professionele) gebruiker van een gebrekkige roerende zaak, kan de benadeelde terugvallen op de (particuliere) bezitter. Kan vanuit de slachtofferbeschermingsgedachte in het ontbreken van een ‘vangnet’ binnen afd. 6.3.3 BW nog een argument gelegen zijn om ‘beroep of bedrijf’ in die afdeling ruimer uit te leggen dan ‘bedrijf’

<sup>162</sup> Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

<sup>163</sup> Dit laatste sluit aan bij hetgeen omtrent het profijtbeginsel in de toelichting op het bedrijfsbegrip van art. 6:181 al werd aangegeven, zie Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

<sup>164</sup> Zie ook par. 3.3.3.2 en par. 6.5.3.4.

en 'beroep of bedrijf' in art. 6:181 lid 1-3?<sup>165</sup> In mijn ogen niet, omdat er weldegelijk een 'vangnet' in de particuliere sfeer bestaat voor de productenaansprakelijkheid uit afd. 6.3.3 BW, zij het niet binnen deze afdeling zelf. Op zaken geproduceerd in de particuliere of privésfeer is afd. 6.3.3 BW ingevolge art. 6:185 lid 1 sub c niet van toepassing, waardoor de aansprakelijkheidsregeling van art. 6:181 jo. 173 'herleeft'. Omdat in dat geval reeds duidelijk is dat een 'professional' ontbreekt, zal art. 6:181 evenmin voor toepassing in aanmerking komen, waarmee de benadeelde (eveneens) uitkomt bij de in art. 6:173 bedoelde (particuliere) bezitter van de zaak. Alles overziend, meen ik dat het aanvankelijke 'beroep' en het latere 'beroep of bedrijf' in art. 6:185 lid 1 sub c hetzelfde uitdrukt als 'bedrijf' en 'beroep of bedrijf' in art. 6:181 lid 1-3: de aansprakelijkheid rust op de 'professional'.

#### 6.6.4 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen

In het ontwerp-BW werden de aansprakelijkheid voor roerende zaken, opstallen, dieren en gevaarlijke stoffen op één lijn gesteld: de aansprakelijkheid rustte op de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker.<sup>166</sup> Bij de zogeheten 'Stofkam-Operatie' in 1983 werd de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen echter geschrapd uit het wetsvoorstel NBW. Zij werd vervolgens in het bredere perspectief van de aansprakelijkheid voor milieuschade geplaatst en keerde terug als onderdeel van de Aanvullingswet 1995.<sup>167</sup> Art. 6:181 is duidelijk verbonden met de aansprakelijkheidsregeling van art. 6:175. Lid 3 van art. 6:181 betreft namelijk een uitwerking van art. 6:175 voor gevallen waarin sprake is van terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen. Dit derde lid van art. 6:181 was eveneens onderdeel van de Aanvullingswet 1995 en is gelijktijdig met de invoering van art. 6:175 aan art. 6:181 toegevoegd. Lid 3 van art. 6:181 is op eenzelfde leest geschoeid als lid 2 van het artikel, dat reeds in 1992 was ingevoerd en betrekking heeft op de terbeschikkingstelling van roerende zaken (art. 6:173), opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179). Waar lid 2 van art. 6:181 een regeling geeft in geval van meerdere gebruikers van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde *zaken en dieren*, geeft het nadien aan art. 6:181 nog toegevoegde derde lid een regeling in geval van meerdere gebruikers van *gevaarlijke stoffen* als bedoeld in art. 6:175. Beide leden beogen te bewerkstelligen dat in geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers de aansprakelijkheid steeds op de 'laatste in de keten' c.q. de 'eindgebruiker' rust.

Opvallend is dat met de toevoeging van lid 3 aan art. 6:181 – in afwijking van lid 1 en 2 van art. 6:181 – de maatstaf 'beroep of bedrijf' binnen art. 6:181 werd geïntroduceerd. Nog opvallender acht ik dat deze maatstaf volgens de tekst van lid 3 van art. 6:181 echter enkel geldt voor degene *aan wie* een gevaarlijke stof ter beschikking wordt gesteld; degene *door wie* de stof aan een ander ter beschikking

<sup>165</sup> Zie hierna ook par. 6.6.4.4, waarin de minister aan de hand van een dergelijk 'vangnet-argument' in deze richting lijkt te denken op het terrein van art. 6:175 (gevaarlijke stoffen).

<sup>166</sup> Art. 6.3.2.5 (roerende zaken), 6.3.2.6 (gevaarlijke stoffen), 6.3.2.7 (opstallen), 6.3.2.8 (dieren) en 6.3.2.10 G.O. (bedrijfsmatig gebruik).

<sup>167</sup> *Kamerstukken* nr. 21202.

gesteld wordt, wordt – in lijn met lid 1 en 2 van art. 6:181 – nog altijd aangeduid met de (enkele) term ‘bedrijf’. Wanneer een *bedrijfsmatige* gebruiker van een gevaarlijke stof deze op zeker moment voor gebruik ter beschikking stelt aan een *beroepsmatige* gebruiker daarvan, valt deze situatie onder lid 3 van art. 6:181. Denk bijvoorbeeld aan een apotheker die van een farmaceutisch bedrijf een gevaarlijke stof ter beschikking gesteld krijgt. Worden de stoffen door de apotheker als *beroepsbeoefenaar* op een bepaald moment weer ter beschikking gesteld aan een ander voor gebruik ter uitoefening van diens ‘beroep of bedrijf’, dan is lid 3 van art. 6:181 naar de letter van deze bepaling *niet* toepasselijk. Zodoende zou een *beroepsmatige* gebruiker zich ingevolge lid 3 van art. 6:181 niet meer kunnen ontdoen van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor eenmaal aan hem – door een *bedrijfsmatige* gebruiker – ter beschikking gestelde stoffen, ook niet wanneer die stoffen door de beroepsbeoefenaar alweer aan een ander voor beroeps- of bedrijfsmatig gebruik ter beschikking zijn gesteld. Dit lijkt ongerijmd voor te komen. Het is dan ook interessant na te gaan wat de precieze betekenis is van de maatstaf ‘beroep of bedrijf’ uit lid 3 van art. 6:181, alsmede wat dáárvan dan weer de betekenis is voor het overige art. 6:181 waarin de enkele term ‘bedrijf’ wordt gebezigd.

#### 6.6.4.1 DEGENE DIE BEROEPS- OF BEDRIJFSMATIG HANDELT

In het kader van de introductie van art. 6:181 lid 3 werd door de minister geen specifieke toelichting op deze bepaling zelf gegeven. Verwezen werd naar de toelichting op art. 6:175, waarvan lid 3 van art. 6:181 als gezegd een uitwerking vormt in geval van de terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen.<sup>168</sup> Wanneer zodoende te rade wordt gegaan bij de totstandkoming van en toelichting op het in 1995 ingevoerde art. 6:175, blijkt voor zover in dit verband relevant het volgende. In de Aanvullingswet 1995 werd aanvankelijk (wederom) voorgesteld de aansprakelijkheid op grond van art. 6:175 lid 1 in verbinding met art. 6:181 – overeenkomstig het reeds voor roerende zaken, opstallen en dieren in 1992 ingevoerde systeem van art. 6:173, 174, 179 jo. 181 – te leggen op de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker. Tijdens de parlementaire behandeling van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen kwam de positie van de *particuliere* bezitter echter onder druk te staan.<sup>169</sup> De Tweede Kamer vond deze aansprakelijkheid, uit angst voor een te diep ingrijpen in de privésfeer,<sup>170</sup> gekoppeld aan alleen het bezit te ver gaan.<sup>171</sup> Om hieraan tegemoet te komen, heeft de minister de aansprakelijkheid van art. 6:175 lid 1 vervolgens beperkt tot degene die in de uitoefening van zijn ‘*beroep of bedrijf*’ een gevaarlijke stof gebruikt of onder zich heeft. In een afzonderlijke zin werd daaraan in art. 6:175 lid 1 nog toegevoegd dat onder degene die

168 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 2.

169 *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 8, p. 3. Zo werd het voorbeeld gegeven van A die B met een aansteker een vuurtje wil verschaffen voor diens sigaret. Er ontstaat een steekvlam en B raakt gewond. A zou gelet op de kanalisering naar de producent niet op grond van art. 6:173 (lid 2) voor de schade aansprakelijk zijn, wel ex art. 6:175 wegens schade door gas als gevaarlijke stof. Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 7.

170 *Handelingen II* 1992/93, 31, p. 2323- 2325; *Handelingen II* 1992/93, 52, p. 3780-3782, alsmede *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 14, p. 2-3.

171 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.



een 'bedrijf' uitoefent mede wordt begrepen 'elke rechtspersoon' die een gevaarlijke stof in de uitoefening van haar taak gebruikt of onder zich heeft.<sup>172</sup> Deze aangepaste redactie van art. 6:175 lid 1 werd als volgt toegelicht:

'De wijzigingen strekken ertoe de aansprakelijkheid van de bezitter van de in de artikel 175 bedoelde stoffen te laten vervallen teneinde te voorkomen dat ook de *natuurlijke persoon die niet in beroep of bedrijf handelt*, als bezitter, aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.'<sup>173</sup>

Hier treffen we dus eveneens de maatstaf 'de natuurlijke persoon die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelt' aan.<sup>174</sup> De uitsluiting van deze persoon maakt duidelijk dat lid 1 van art. 6:175 betrekking heeft op *iedere rechtspersoon én ieder natuurlijk persoon, mits beroeps- of bedrijfsmatig handelend*. En ook hier wordt daarmee beoogd onderscheid te maken tussen de professionele sfeer en de – buiten de aansprakelijkheid van art. 6:175 lid 1 gehouden – particuliere c.q. privésfeer.<sup>175</sup> Art. 6:175 lid 1 heeft door middel van de maatstaf 'beroep of bedrijf' derhalve betrekking op iedere *professional* die een gevaarlijke stof gebruikt of onder zich heeft. De toelichting vermeldt in lijn hiermee nog dat in de context van art. 6:175 lid 1 bij de term 'beroep' concreet gedacht kan worden aan een gevaarlijke stof in handen van een apotheker of apotheekhoudende arts, alsmede dat onder 'elke rechtspersoon' ook de overheid valt.<sup>176</sup>

#### 6.6.4.2 RELEVANTIE VOOR ART. 6:181

Met 'beroep of bedrijf' in art. 6:175 lid 1 wordt op 'de professional' gedoeld, hetgeen dan ook geldt voor 'beroep of bedrijf' in lid 3 van art. 6:181, dat immers een uitwerking van art. 6:175 lid 1 betreft in geval van meerdere 'beroeps- of bedrijfsmatige' gebruikers. Opvallend is als gezegd echter dat de ruimere omschrijving van de aansprakelijke persoon in lid 3 van art. 6:181 met 'beroep of bedrijf' enkel ziet op degene *aan wie* de stof ter beschikking wordt gesteld; degene *door wie* de stof aan een ander beschikbaar wordt gesteld, is tekstueel beperkt gebleven tot degene die een 'bedrijf' uitoefent. Dit laatste sluit overigens weer wel aan bij de leden 1 en 2 van art. 6:181, die immers eveneens enkel van 'bedrijf' (en niet ook van 'beroep') spreken.

In mijn ogen zal ten eerste hebben te gelden dat *binnen* lid 3 van art. 6:181 één lijn wordt getrokken voor wat betreft de hoedanigheid van degene *door én aan wie* een gevaarlijke stof ter beschikking wordt gesteld. Zou dit anders zijn, dan zou dat tot niet uit te leggen ongerijmdheden lijden zoals in het zojuist (par. 6.6.4) gegeven voorbeeld van de apotheker die van een farmaceutisch bedrijf

172 *Kamerstukken II 1992/93, 21202, 15, p. 1-2*. Zie par. 7.2.2 over de uitbreiding van de enkele term 'gebruik' naar 'gebruik of onder zich hebben'.

173 *Kamerstukken II 1992/93, 21202, 15, p. 1-2*.

174 Vgl. ook de afbakening tussen lid 1 en 2 van art. 6:170. Zie voor een bespreking par. 6.6.2.

175 Zie over de bedoelde aanpassing van lid 1 van art. 6:175 ook Bauw 2015, p. 49, die aangeeft dat deze tot gevolg heeft dat de aansprakelijkheid van de 'particuliere bezitter of gebruiker' van gevaarlijke stoffen niet onder de reikwijdte van art. 6:175 valt. Het artikel beoogt de aansprakelijkheid te leggen bij de 'professionele gebruiker', aldus Lankhorst, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:175, aant. 4.

176 *Kamerstukken II 1992/93, 21202, 15, p. 2*, bevestigd in *Kamerstukken I 1993/94, 21202, 99c, p. 1*.

een gevaarlijke stof ter beschikking gesteld krijgt, en zich vervolgens ingevolgt lid 3 van art. 6:181 niet meer van de aansprakelijkheid ex art. 6:175 kan ontdoen. Een dergelijke uitkomst zou bovendien niet passen bij de bedoeling van de wetgever, inhoudende dat steeds degene met de feitelijke macht over de stof, de laatste in de keten c.q. de ‘eindgebruiker’ aansprakelijk behoort te zijn.<sup>177</sup> De conclusie is dan ook dat in art. 6:181 lid 3 zowel de term ‘bedrijf’ (*door wie*) als ‘beroep of bedrijf’ (*aan wie*) uitdrukt dat het gaat om degene met een professionele hoedanigheid.

Dat ook de (enkele) wetsterm ‘bedrijf’ kan uitdrukken dat het in de praktijk gaat om de ‘professional’, volgt mijns inziens ook uit lid 2 van art. 6:175. Deze bepaling legt de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen uit art. 6:175 lid 1 op ‘de bewaarder die er zijn *bedrijf* van maakt zodanige stoffen te bewaren’.<sup>178</sup> Het komt met het oog op lid 1 van art. 6:175 logisch voor onder deze enkele term ‘bedrijf’ iedere ‘professionele’ bewaarder te begrijpen. De in lid 2 van art. 6:175 bedoelde bewaarder van een gevaarlijke stof kan namelijk ook onder het bereik van art. 6:175 lid 1 kan vallen. Dit eerste lid van art. 6:175 spreekt namelijk niet enkel van degene die een gevaarlijke stof ‘gebruikt’, maar ook van degene die deze ‘onder zich heeft’. En van degene die onder lid 1 van art. 6:175 valt, weten we inmiddels dat dit de ‘professional’ betreft. Zodoende zal met de ‘bedrijfsmatige’ bewaarder uit lid 2 van art. 6:175 evenzeer worden bedoeld op de ‘professionele’ bewaarder. Dit past ook bij de parlementaire geschiedenis van lid 2 van art. 6:175: hoewel de wettekst (enkel) van de ‘bedrijfsmatige’ bewaarder spreekt, spreekt de toelichting daarop in ruime(re) zin van de ‘professionele’ bewaarder.<sup>179</sup>

Relevant is ook dat de wetgever geen specifieke regeling heeft getroffen voor de in art. 6:175 lid 2 bedoelde gevallen van *bewaarneming* van gevaarlijke stoffen waarin deze door de ene bewaarder aan een andere bewaarder ter beschikking worden gesteld. Lid 3 van art. 6:181 ziet strikt genomen enkel op de in *lid 1* van art. 6:175 genoemde *gebruikers*. De wetsgeschiedenis vermeldt dat in geval van meerdere bewaarnemers aansluiting moet worden gezocht bij lid 3 van art. 6:181, zodat de kwalitatieve aansprakelijkheid toch steeds berust bij ‘de laatste in de keten’ c.q. de ‘eindbewaarder’.<sup>180</sup> Gelet op het verband dat zodoende tussen lid 3 van art. 6:181 (met zoals reeds gebleken de ‘professional’ als aansprakelijke) en de ‘bedrijfsmatige’ bewaarder uit lid 2 van art. 6:175 bestaat, ligt het ook hierom in de rede dat het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:175 lid 2 ziet op iedere ‘professional’. En nu zoals reeds gezegd een in lid 2 van art. 6:175 bedoelde bewaarnemer ook onder lid 1 van art. 6:175 kan vallen (‘gebruiken of onder zich houden’), kan deze ook onder lid 3 van art. 6:181 vallen, dat immers een uitwerking van lid 1 van art. 6:175 betreft voor gevallen van terbeschikkingstelling. Van degene die onder lid 3 van art. 6:181 valt, is inmiddels bekend dat dit iedere ‘professional’ betreft.<sup>181</sup> Ook hier

177 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 44. Dat is *niet* de apotheker die een gevaarlijke stof aan een ander ter beschikking heeft gesteld voor gebruik ter uitoefening van diens beroep of bedrijf.

178 Met de bewaarder worden blijkens lid 2 van art. 6:175 gelijkgesteld de vervoerder, expediteur, stuwadoor of soortgelijke ondernemer, voorzover Boek 8 niet van toepassing is.

179 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43.

180 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 44.

181 De vraag is wel of de ‘bedrijfsmatige’ bewaarder van een gevaarlijke stof die onder art. 6:175 lid 1 valt (‘gebruikt of onder zich heeft’), zonder meer onder art. 6:181 lid 3 valt, omdat hierin enkel van de *gebruiker* wordt gesproken. Ik meen van wel, omdat ‘gebruik’ met zeggenschap wordt ingevuld en de bewaarder van een gevaarlijke stof daarover de (beslissende) zeggenschap heeft. Zie nader par. 7.6.3.

een reden derhalve om aan te nemen dat onder de 'bedrijfsmatige' bewaarder uit lid 2 van art. 6:175 iedere 'professional' valt.

Tot dusver is derhalve duidelijk dat op het terrein van de in art. 6:175 lid 1 en 2 alsmede in art. 6:181 lid 3 bedoelde gevaarlijke stoffen, de term 'bedrijf' en ook 'beroep en bedrijf' de betekenis hebben van iedere 'professional'. Ten tweede rijst de vraag wat hiervan de betekenis is voor de term 'bedrijf' in de leden 1 en 2 van art. 6:181. Vooropgesteld kan worden dat het vanuit een oogpunt van consistentie niet voor de hand ligt dat binnen eenzelfde wetsbepaling, in dit geval art. 6:181, dezelfde term, in dit geval 'bedrijf', een verschillende uitleg toekomt.<sup>182</sup> Het komt dan ook logisch voor dat wanneer onder 'bedrijf' (en ook 'beroep of bedrijf') in lid 3 van art. 6:181 de *professionele* gebruiker wordt begrepen, diezelfde term in lid 1 en 2 van art. 6:181 dezelfde uitleg toekomt. Voor een verschillende uitleg van dezelfde term 'bedrijf' binnen hetzelfde art. 6:181 zouden overtuigende argumenten moeten bestaan. In mijn ogen zijn die er niet, integendeel.

Zo is lid 3 van art. 6:181 betreffende gevaarlijke stoffen nadrukkelijk geïnspireerd op lid 2 van art. 6:181 met betrekking tot roerende zaken, opstallen en dieren. Lid 2 en 3 van art. 6:181 zijn niet alleen qua structuur, maar ook qua strekking vergelijkbaar. Aan beide bepalingen ligt eenzelfde concentratiegedachte ten grondslag, inhoudende dat de kwalitatieve aansprakelijkheid in geval van meerdere gebruikers steeds op 'de laatste in de keten' behoort te rusten. Art. 6:181 lid 2 en 3 zijn dus geen totaal verschillende bepalingen die 'toevallig' beide in art. 6:181 zijn ondergebracht. Ook dient art. 6:181 lid 3 binnen art. 6:181 niet 'geïsoleerd' te worden gelezen. Sterker nog, art. 6:181 lid 2 en 3 vertonen een nauwe verwantschap. Het ligt derhalve in de rede dat (ook) de hoedanigheid van de aansprakelijke persoon binnen deze 'vergelijkbare' regelingen 'vergelijkbaar' is: in beide leden gaat het om de *professional*. En wanneer eenmaal is aangenomen dat onder de term 'bedrijf' in art. 6:181 lid 2 de *professional* wordt begrepen, is eenzelfde uitleg van het bedrijfsbegrip in art. 6:181 lid 1 onontkoombaar. Lid 2 van art. 6:181 betreft namelijk een uitwerking van art. 6:181 lid 1,<sup>183</sup> waarbij zelfs nadrukkelijk naar dit eerste lid wordt verwezen door de aansprakelijkheid *uit art. 6:181 lid 1* te leggen op de door art. 6:181 lid 2 aangewezen, te weten de 'eindgebruiker' van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken.

Al met al behoort de term 'bedrijf' (en ook 'beroep of bedrijf') mijns inziens binnen het gehele art. 6:181 dezelfde betekenis toe te komen: de aansprakelijkheid rust op iedere 'professionele' gebruiker van roerende zaken, opstallen, dieren (art. 6:181 lid 1 en 2) en gevaarlijke stoffen (art. 6:181 lid 3). Een analyse van art. 6:175 biedt derhalve een basis voor de aanname dat in art. 6:181 onder de term 'bedrijf' (lid 1, lid 2 en lid 3 aanhef) en 'beroep of bedrijf' (lid 3 slot) steeds dezelfde *professional* wordt verstaan.

182 Zie HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539 (*City Tax/De Boer*), waarin werd geoordeeld dat dezelfde term 'opzet of bewuste roekeloosheid' in art. 7:658 en 661 eenvormig uitgelegd moet worden, mede omdat beide bepalingen zijn opgenomen in een en dezelfde titel (titel 7.10 betreffende de arbeidsovereenkomst). Thans gaat het maar liefst om dezelfde term binnen hetzelfde wetsartikel (art. 6:181).

183 Sterker nog, uit par. 7.7.1 zal nog blijken dat lid 2 van art. 6:181 een *overbodige* uitwerking is van art. 6:181 lid 1, aangezien het resultaat van art. 6:181 lid 2 reeds bereikt wordt via lid 1 van art. 6:181.

## 6.6.4.3 GEEN DIFFERENTIATIE ONDANKS VERSCHILLENDE ‘GEVAARSOBJECTEN’

Kan het vorenstaande nog anders zijn omdat lid 3 van art. 6:181 op andere ‘gevaarsobjecten’ (gevaarlijke stoffen) ziet dan lid 1 en 2 van art. 6:181 (roerende zaken, opstallen en dieren)? Dat bij de toepassing van het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht gedifferentieerd kan worden tussen in ieder geval opstallen en dieren volgt immers reeds uit HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*). Hieruit volgt in mijn ogen echter niet dat bij de toepassing van het bedrijfsbegrip binnen art. 6:181 differentiatie behoort plaats te vinden al naar gelang het gaat om gevaarlijke stoffen, zaken of dieren. Tussen (de kwalitatieve aansprakelijkheden voor) deze gevaarsobjecten bestaat namelijk juist een zekere samenhang. Zo was de in 1995 ingevoerde aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen nadrukkelijk geplaatst in het perspectief van de aansprakelijkheid voor schade door aantasting van het milieu.<sup>184</sup> In de toelichting op de Aanvullingswet 1995 is hierbij aangegeven dat art. 6:175 werd ‘ingepast’ in de aansprakelijkheden die in 1992 al in afd. 6.3.2 BW tot wet waren verheven, alsook dat die reeds bestaande aansprakelijkheden en het ‘nieuwe’ art. 6:175 ‘in onderling verband’ moeten worden gezien.<sup>185</sup> Blijkens de toelichting werd hier van de reeds sinds 1992 bestaande aansprakelijkheden vooral aan art. 6:173 en 174 gedacht.<sup>186</sup>

‘Voor wat betreft schade door verontreiniging van het milieu, vormen de artikelen [6:173] (roerende zaken) en [6:174] (gebouwen en werken) reeds belangrijke bronnen van risicoaansprakelijkheid. Men denke aan lekkende vaten, zakken, flessen, of containers, aan gebrekkige roerende of onroerende tanks en aan de in artikel [6:174] lid 2 bedoelde leidingen.’

De(zelfde) strekking van c.q. onderlinge band tussen de aansprakelijkheden voor roerende zaken en opstallen enerzijds en anderzijds die voor gevaarlijke stoffen, pleit voor consistentie in de hoedanigheid van de voor deze ‘gevaarsobjecten’ kwalitatief aansprakelijke persoon. Relevant is dan dat in de wetsgeschiedenis het ‘bedrijfsbegrip’ in art. 6:181 lid 1 en 2 niet is gepreciseerd, terwijl wél duidelijk is gemaakt dat de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen ex art. 6:175 lid 1-2 en art. 6:181 lid 3 is bedoeld voor de ‘professional’. Het komt logisch voor dat het in de context van art. 6:181 lid 1 en 2 jo. 173 en 174 dan eveneens gaat om degene met een dergelijke hoedanigheid. En nu hetgeen voor de in art. 6:173 en 174 bedoelde zaken met betrekking tot het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ook opgaat voor de daarmee ‘in één adem’ in art. 6:181 lid 1 en 2 genoemde dieren,<sup>187</sup> zal de aansprakelijkheid ex art. 6:181 lid 1 en 2 jo. 179 eveneens rusten op de professionele gebruiker.

184 Vgl. over de ‘voorgeschiedenis en doelstellingen’ van de Aanvullingswet 1995 nader *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 2-6. Zie over de achtergrond van de wet ook Spier en Sterk 1995, p. 1-9. Zie ook Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1344-1346, 1390-1392.

185 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

186 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

187 Zie ook par. 3.3.3.2 en par. 6.5.3.4, waaruit volgt dat wat voor het bedrijfsbegrip van art. 6:181 voor één van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde ‘gevaarsobjecten’ geldt, gelijkelijk opgaat voor de overige.

Er bestaat echter ook een meer direct verband tussen de in art. 6:179 bedoelde *dieren* en in art. 6:175 opgenomen gevaarlijke stoffen. De wetgever heeft deze twee soorten 'gevaarsobjecten' in zekere zin op één lijn gesteld: de dieren en gevaarlijke stoffen behoren in zijn ogen tot dezelfde groep zaken die 'om andere redenen dan op grond van een gebrek een bijzonder gevaar opleveren', namelijk vanwege eigenschappen die gevaarlijke stoffen en dieren nu eenmaal (behoren te) hebben.<sup>188</sup> De in art. 6:175 en 179 bedoelde objecten hebben gemeen dat zij niet 'verhoogd' gevaarlijk zijn vanwege een gebrek, zoals de in art. 6:173 en 174 bedoelde zaken, maar vanwege hun aard.<sup>189</sup> Nu art. 6:175 jo. 181 lid 3 (gevaarlijke stoffen) en art. 6:181 lid 1 en 2 jo. 179 (dieren) aldus zien op – naar hun aard – 'vergelijkbare' gevaarsobjecten, ligt het in de rede dat in geval van 'vergelijkbare' wetstermen ('bedrijf' c.q. 'beroep of bedrijf') de hoedanigheid van de daarmee aangeduide kwalitatief aansprakelijke persoon ook 'vergelijkbaar' is. Nu de term 'bedrijf' en ook 'beroep of bedrijf' op het terrein van de gevaarlijke stoffen de betekenis van de 'professional' hebben,<sup>190</sup> komt het logisch voor dat die hoedanigheid ook geldt voor de in art. 6:181 lid 1 en 2 jo. 6:179 bedoelde gebruiker van dieren. Hiermee is de cirkel rond, aangezien hetgeen op het punt van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 lid 1 en 2 voor de in art. 6:179 bedoelde dieren geldt ook van betekenis is voor de eveneens in art. 6:181 lid 1 en 2 genoemde roerende zaken en opstellen uit art. 6:173 en 174.

#### 6.6.4.4 HET 'VANGNET-ARGUMENT'

Ter toelichting op het schrappen van de bezittersaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en de uiteindelijke keuze in art. 6:175 lid 1 voor de 'beroeps- of bedrijfsmatige' gebruiker, is door de minister aangegeven dat hiermee ter aanduiding van de aansprakelijke persoon 'in hoofdzaak' de formulering van art. 6:181 met betrekking tot de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken is gevolgd. De enkele term 'bedrijf' uit art. 6:181 lid 1 (en ook lid 2) behoefde volgens de minister in het kader van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen 'enige aanvulling', omdat in de aangepaste redactie van art. 6:175 lid 1 de 'algemene aansprakelijkheid' van de bezitter niet langer 'als vangnet' kan dienen.<sup>191</sup> Brengt het feit dat voor de aansprakelijkheid van art. 6:181 lid 1 en 2 in de vorm van art. 6:173, 174 en 179 wél een bezittersaansprakelijkheid als vangnet geldt nu met zich, dat 'beroep of bedrijf' in de zin van art. 6:175 lid 1 (en in art. 6:181 lid 3) toch een ruimere groep aansprakelijken omvat dan het enkele 'bedrijf' als bedoeld in art. 6:181 lid 1 en 2? Op het eerste oog lijkt daar vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming wel wat voor te zeggen. Voldoet in geval van schade door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken een op voet van art. 6:181 aangesprokene niet aan het bedrijfsbegrip van deze bepaling, dan kan de benadeelde nog 'terugvallen' op de kwalitatieve aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter. Voldoet in geval van schade door een gevaarlijke stof de op grond van art. 6:175 aangesprokene niet

188 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 12.

189 Zie over dit kenmerkende verschil tussen roerende zaken en stoffen ook reeds Parl. gesch. Boek 6, p. 745; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1388.

190 Ik doel op art. 6:175 lid 1 en 2, alsmede art. 6:181 lid 3.

191 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 2.

aan de omschrijving van de aansprakelijke persoon (uiteindelijk dus ‘beroep of bedrijf’), dan kan de benadeelde niet meer bij een ander zoals de (particuliere) bezitter terecht op basis van een kwalitatieve aansprakelijkheid voor dezelfde gevaarlijke stof. Een nadere beschouwing maakt mijns inziens evenwel duidelijk dat bedoeld ‘vangnet-argument’ toch niet steekhoudend is voor het aannemen van een uiteenlopende uitleg van ‘bedrijf’ in lid 1 en 2 van art. 6:181 enerzijds en ‘beroep of bedrijf’ in art. 6:175 lid 1 (en art. 6:181 lid 3) anderzijds.

Ten eerste geldt binnen het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht niet een stelregel dat het in een bepaalde regeling ontbreken van een (particuliere) aansprakelijkheid tot een ruimere groep niet-particuliere aansprakelijken leidt ten opzichte van regelingen die wel een particulier ‘vangnet’ kennen. Zo kent de aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen van art. 6:171 geen particuliere aansprakelijkheid als vangnet, de aansprakelijkheid voor ondergeschikten van art. 6:170 lid 1 wel.<sup>192</sup> Niettemin is de door art. 6:171 aangewezen groep (niet-particuliere) aansprakelijken behoorlijk beperkter dan de groep (niet-particuliere) aansprakelijken waarop art. 6:170 lid 1 betrekking heeft.<sup>193</sup> Een aanwijzing in de richting dat het ontbreken van een ‘vangnet’ in de vorm van een (particuliere) bezittersaansprakelijkheid niet betekent dat de betreffende aansprakelijkheid om die reden ruim(er) moet worden uitgelegd dan bij aanwezigheid van een dergelijke ‘terugvalmogelijkheid’, is ook op het terrein van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen zelf te vinden. Voorafgaande aan de vervanging van de bezitter als aansprakelijke persoon in art. 6:175 lid 1 door degene die een ‘beroep of bedrijf’ uitoefent, werd voorgesteld de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen – evenals die voor roerende zaken, opstallen en dieren – te leggen bij de bezitter en de in art. 6:181 genoemde bedrijfsmatige gebruiker. Voorts werd daarbij voorgesteld in lid 2 van art. 6:175 de aansprakelijkheid te leggen bij ‘de bewaarder die er zijn *bedrijf* van maakt’ gevaarlijke stoffen te bewaren.<sup>194</sup> Ook al in deze fase werd in de toelichting op art. 6:175 lid 1 veelal van de *particuliere* bezitter als aansprakelijke persoon gesproken – waar dan de professionele gebruiker tegenover stond –,<sup>195</sup> terwijl in de toelichting op lid 2 van art. 6:175 reeds van de *professionele* bewaarder werd gesproken.<sup>196</sup> Hieruit lijkt opgemaakt te kunnen worden dat ook toen de in art. 6:175 jo. 181 geregelde aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen nog wel een ‘vangnet’ kende in de vorm van een bezittersaansprakelijkheid, de term ‘bedrijf’ (in lid 1 en 2 van art. 6:175 en in art. 6:181) reeds een onderscheid beoogde te maken tussen de professionele en particuliere c.q. privésfeer. Met andere woorden, het latere schrappen van de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:175 lid 1 heeft niet ertoe geleid dat de nieuwe maatstaf ‘beroep of bedrijf’ (lees: de professional) een ruimere groep aansprakelijken omvatte dan het eerdere ‘bedrijf’ (lees: ook reeds de professional).

192 Te weten het voor ‘particuliere’ werkgevers geldende lid 2 van art. 6:170.

193 Zie par. 5.3.3.

194 Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 2, p. 2. De aanvankelijk voorgestelde formulering van lid 2 van art. 6:175 is wel ongewijzigd ingevoerd. Bij de aanpassing van lid 1 van art. 6:175 (schrapping van de bezitter en veruiming van ‘bedrijf’ naar ‘beroep of bedrijf’), is de term ‘bedrijf’ uit lid 2 van art. 6:175 in relatie tot de bewaarder ongemoeid gebleven.

195 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 42; *Handelingen II* 1992/93, 52, p. 3782.

196 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43.

Dat het maar de vraag is of de minister bij de aangepaste, uiteindelijke redactie van art. 6:175 lid 1 ('beroep of bedrijf') wel werkelijk een ruimere groep aansprakelijken op het oog had dan degenen die (reeds) onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 lid 1 en 2 vallen, is voorts op te maken uit het feit dat hij ervan spreekt 'buiten twijfel' te willen stellen dat bepaalde personen daaronder begrepen moeten worden.<sup>197</sup> Hierom zou de ruimere omschrijving van de aansprakelijke persoon in art. 6:175 ('beroep of bedrijf') ten opzichte van die in art. 6:181 ('bedrijf') ook zo opgevat kunnen worden, dat de minister de toepassing van art. 6:175 zeker heeft willen stellen in gevallen waar daarover – vanwege de enkele term 'bedrijf' – op het terrein van art. 6:181 discussie zou kunnen ontstaan. Zo beschouwd behoefde de groep aansprakelijken die de minister bij de uiteindelijke redactie van art. 6:175 lid 1 op het oog had dus niet per se ruimer te zijn dan degenen die reeds vielen onder (een ruime uitleg van) het bedrijfsbegrip van art. 6:181.<sup>198</sup> In deze redenering heeft de minister dan alleen om eventuele discussie voor te zijn, gekozen voor het (louter) *tekstueel* ruimere 'beroep of bedrijf'.

Ten derde is het de vraag of voor art. 6:175 lid 1 wel werkelijk een 'vangnet' waarvan de minister sprak, ontbreekt. De gevolgen voor de particuliere sfeer van het schrappen van de bezitter als aansprakelijke persoon voor schade door gevaarlijke stoffen, zullen in de praktijk minder groot zijn dan op het eerste gezicht wellicht gedacht. Het is nota bene de minister zelf die wijst op de kwalitatieve aansprakelijkheden die 'overblijven' om bescherming te bieden in geval van ongevallen met gevaarlijke stoffen in de privésfeer.<sup>199</sup> Zo wordt in het kader van de schrapping van de bezitter uit art. 6:175 lid 1 aangegeven:

'De bezitter van een stof kan uiteraard wel uit andere bepalingen van Boek 6 aansprakelijk zijn, bijv. uit de artikelen 173 en 174. (...) De slachtoffers zijn hiermee in de regel afdoende geholpen, nu juist in de privésfeer ongelukken met gevaarlijke stoffen, zo al geen sprake is van onzorgvuldigheid, vrijwel altijd met een aantoonbaar gebrek in de zin van de artikelen 173 en 174 gepaard zullen gaan.'<sup>200</sup>

Indien de aangesprokene niet voldoet aan de in art. 6:175 lid 1 bedoelde hoedanigheid ('beroep of bedrijf') bestaat voor de benadeelde dus veelal weldegelijk een 'vangnet' in de privésfeer, te weten de art. 6:173 en 174 (in verbinding met de productenaansprakelijkheid in afd. 6.3.3 BW).<sup>201</sup> Zo zal in het voorbeeld van een

197 *Kamerstukken II*, 1992/93, 21202, 15, p. 2.

198 Vgl. Spier en Sterk 1995, p. 50: 'Het doel van de aanvulling lijkt niet zozeer het introduceren van een nieuw, ruimer criterium maar het buiten twijfel stellen dat bepaalde situaties onder art. 6:175 BW vallen.' In dezelfde zin is Bauw 2015, p. 49. Vgl. ook par. 6.6.3.1 over de ruime uitleg van aanvankelijk de enkele term 'beroep' inzake de productenaansprakelijkheid, hetgeen later 'beroep of bedrijf' werd, terwijl in beide gevallen werd uitgedrukt dat het gaat om de 'professional'.

199 *Handelingen II* 1992/93, 52, p. 3782.

200 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 2.

201 Uit de samenloopregeling van art. 6:175 lid 5 – de stof vormt een roerende zaak, is daarin verpakt of is opgeslagen in een opstal – zou men anders kunnen afleiden. Zie hierover *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 46. Ik lees deze echter zo dat indien een ex art. 6:175 aansprakelijke persoon vanwege de niet-professionele hoedanigheid ontbreekt, de aansprakelijkheid van de bezitter ex art. 6:173 en 174 van de betreffende roerende zaak of opstal mogelijk blijft. De toelichting vermeldt omtrent de zojuist aangehaalde passage, waarin de aansprakelijkheid van de bezitter ex art. 6:173/174 in geval van ongevallen met gevaarlijke stoffen in de privésfeer als uitkomst wordt genoemd, namelijk dat het nieuwe slot van lid 4 van

plotseling ontploffende gasaansteker in de privésfeer weliswaar geen (particuliere) bezittersaansprakelijkheid ex art. 6:175 bestaan, maar wél een (particuliere) bezittersaansprakelijkheid ex art. 6:173 (in verbinding met afd. 6.3.3 BW).<sup>202</sup> Met andere woorden, in geval van ongelukken in de privésfeer met gevaarlijke stoffen zullen de regelingen van art. 6:173 en 174 in het algemeen meebrengen dat (toch) iemand op kwalitatieve grondslag aansprakelijk is.<sup>203</sup> Zo beschouwd doet de (particuliere) bezittersaansprakelijkheid van art. 6:173 en 174 niet alleen dienst als ‘vangnet’ voor art. 6:181, maar ook voor art. 6:175. Daarmee is een ‘vangnet-argument’, op basis waarvan op grond van art. 6:175 (‘beroep of bedrijf’) een ruimere groep aansprakelijken zou moeten bestaan dan op grond van art. 6:181 (‘bedrijf’), niet houdbaar.<sup>204</sup>

Alles overziend, meen ik dat ‘beroep of bedrijf’ in art. 6:175 lid 1 hetzelfde uitdrukt als ‘bedrijf’ in art. 6:175 lid 2 en ‘bedrijf’ en ‘beroep of bedrijf’ in art. 6:181 lid 1 t/m 3: de aansprakelijkheid rust op de ‘professional’, waarmee is beoogd alleen schade in de particuliere c.q. privésfeer buiten de betreffende regelingen te houden.

## 6.7 Art. 6:181 ziet op de ‘professional’

Een analyse van de wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak over de op grond van art. 6:181 aansprakelijke persoon leert dat onder het bedrijfsbegrip *in het licht van de strekking van deze bepaling zelf* niet alleen degene kan worden begrepen die een ‘typisch’ of traditioneel bedrijf uitoefent. Ook het (vrije) beroep, de (klassieke) overheid en andersoortige ‘organisaties’ als ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, kerkelijke instellingen, stichtingen en verenigingen kunnen worden geacht een ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 uit te oefenen. Op zoek naar de precieze grenzen van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 én een algemene maatstaf ter beoordeling van het ‘bedrijfsmatige’ karakter van voorkomende gebruikers van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, is de aansprakelijke persoon op grond van art. 6:170 (ondergeschikten), afd. 6.3.3 BW (gebrekkige producten) en art. 6:175 (gevaarlijke stoffen) tegen het licht gehouden. Bij deze drie kwalitatieve aansprakelijkheden, die ieder op hun eigen wijze verwant zijn aan art. 6:181, dient zich steeds dezelfde hoedanigheid van de aansprakelijke persoon aan, te weten de ‘professional’. Gelet op de strekking van art. 6:181 zelf en de inbedding van deze bepaling in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht, dient (ook) onder het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:181 iedere ‘professional’ te worden begrepen. Daarmee valt alleen het gebruik

art. 6:175 (verontreiniging door de stof van lucht, water of bodem) beoogt te voorkomen dat men uit dit lid iets anders zou kunnen afleiden. In dit nieuwe lid 4 was geschrapt de passage dat ‘de bezitter van water of bodem niet uit het eerste lid aansprakelijk’ is. Zo meen ik ook dat indien de producent een beroep toekomt op het verweer ex art. 6:185 lid 1 sub c (niet-professional), een aansprakelijkheid van de bezitter ex art. 6:173 mogelijk blijft.

202 Is wel sprake van een ‘beroep of bedrijf’ en tevens van een gebrek in de zin van art. 6:173/174, dan is sprake van samenloop met art. 6:175. Art. 6:175 lid 5 kanaliseert de aansprakelijkheid dan naar de ingevolge art. 6:175 lid 1-4 aansprakelijke.

203 Zie ook Spier en Sterk 1995, p. 52.

204 Zie par. 6.6.3.3 omtrent de producent in dit verband: indien op het terrein van de productenaansprakelijkheid geen ‘professional’ valt aan te wijzen en afd. 6.3.3 BW daarom toepassing mist, zal eveneens de (particuliere) bezitter uit art. 6:173 als ‘vangnet’ dienen.



van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken in de particuliere c.q. privé sfeer dan wel als 'consument' buiten het toepassingsbereik van art. 6:181.<sup>205</sup> Wanneer een in art. 6:181 bedoelde professionele gebruiker ontbreekt, doet de aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 dienst als vangnet.

Als wordt aangenomen dat 'bedrijf' in art. 6:181 ziet op de 'professional', is ook de door 'beroep of bedrijf' in lid 3 van art. 6:181 veroorzaakte *tekstuele* inconsistentie binnen art. 6:181 gladgestreken. Voorts worden zodoende ongerijmdheden voorkomen in geval van het ter beschikking stellen van gevaarlijke stoffen als bedoeld in lid 3 van art. 6:181: degene *door* wie ('bedrijf') en *aan* wie ('beroep of bedrijf') de stof ter beschikking wordt gesteld, heeft dan eveneens betrekking op personen met dezelfde hoedanigheid.

Wanneer wordt aangenomen dat iedere 'professional' als de ex art. 6:181 aansprakelijke heeft te gelden, zal in de meeste praktijkgevallen over de voor de toepassing van deze aansprakelijkheid vereiste hoedanigheid van de betreffende gebruiker – een professional of niet? – maar weinig discussie mogelijk zijn. Niettemin kunnen zich grensgevallen voordoen, zoals in geval van 'organisaties' waarvan de professionaliteit niet sprekend is c.q. waarvan de activiteiten aanschuiven tegen de privé sfeer. Denk aan kleinschalige activiteiten in georganiseerd verband die worden gekenmerkt door sociale verhoudingen en een gezelligheidskarakter. Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 (*Scouting*) draaide om een lid van een scoutingvereniging dat ten val kwam uit een op het scoutingterrein zelfgebouwde kabelbaan toen de daarbij gebruikte katrol plotseling losschoot. De vereniging bestond uit ongeveer 50 à 60 vrijwillige leden, inclusief het bestuur. Het bestuur van ongeveer 10 personen bestond voornamelijk uit ouders van de scoutingleden. De vereniging had een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten. Het gelaedeerde lid sprak de scoutingvereniging tot schadevergoeding primair aan op grond van art. 7:658 lid 4. Een vraag die naar aanleiding daarvan rees, was of de vereniging een 'beroep of bedrijf' in de zin van deze bepaling uitoefende. De rechtbank beantwoordde deze vraag ontkennend, omdat de activiteiten van de scoutingvereniging haars inziens niet zijn gericht op economisch profijt en zij zich uitsluitend bezighoudt met vrijetijdsbesteding waarvan de inhoud geheel door vrijwilligers als leden wordt bepaald en die ook door hen wordt georganiseerd. Ook was er volgens de rechtbank geen sprake van een gezagsverhouding tussen de vereniging en haar leden op vergelijkbare wijze als in de verhouding tussen een werkgever en werknemer. Naar het oordeel van de rechtbank kan niet 'ieder georganiseerd verband' onder lid 4 van art. 7:658 worden gebracht.<sup>206</sup>

205 Een voorbeeld biedt Rb. Utrecht 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1670 (*Gebrekkige kade*), waarin een door X en Y op grond van een bruikleenovereenkomst gebruikte kade van de gemeente Breda door een gebrek schade berokkende aan een derde. Deze laatste sprak X en Y tevergeefs ex art. 6:181 jo. 174 tot schadevergoeding aan omdat het ging om een gebruik in de privé sfeer. De rechtbank overwoog: 'Vast staat dat [gedaagden] de kade hebben gebruikt voor de bouw van hun betonbakken voor de later te bouwen woonarken van de gezinnen van [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1]. Het lijdt dan ook geen twijfel dat het om werkzaamheden ten behoeve van privé doeleinden ging. Er is niet gebleken van enige bedrijfsmatige activiteiten.' Een voorbeeld biedt ook de bespreking van Keirse van art. 6:181 (Spier e.a. 2015/130), waarin een *particulier* wordt opgevoerd die van een doe-het-zelf winkel een klopboor huurt, waarna tijdens het gebruik een derde schade lijdt door een defect in het apparaat. Ik breng hier ook de opvatting van Tjong Tjin Tai in herinnering, die in zijn annotatie onder het *Loretta*-arrest (*NJ* 2011/405, sub 3d) opperde dat 'bedrijf' in de zin van art. 6:181 tegenover 'consument' of 'particulier' staat.

206 Wel nam de rechtbank, mede gelet op art. 6:101, 90% aansprakelijkheid van de vereniging aan op basis van de subsidiaire grondslag van art. 6:162.

Stel nu dat de scoutingvereniging op grond van art. 6:181 jo. 173 zou zijn aangesproken vanwege de tijdens het afzeilen gebrekkig functionerende katrol. Zou de vereniging dan hebben voldaan aan het ‘bedrijfsbegrip’ van art. 6:181? Het komt er dan op aan of de vereniging als (voldoende) ‘professioneel’ heeft te gelden, dan wel dat haar activiteiten geacht moeten worden in de particuliere sfeer plaats te vinden. In de richting van een voldoende mate van ‘professionaliteit’ wijzen naar mijn idee dat de scoutingvereniging een niet gering aantal leden had (50 tot 60), een ‘tienkoppig’ bestuur kende, beschikte over een eigen terrein, een aansprakelijkheidsverzekering had afgesloten, naar buiten toe als een eenheid optrad (gemeenschappelijke naam), een hiërarchische structuur had (scouts, stam, bestuursleden) en een zekere continuïteit kende voor wat betreft het ontplooiën van activiteiten. Relevant is ook dat de rechtbank omtrent de subsidiaire grondslag van art. 6:162 aannam dat de vereniging een zorgplicht voor haar leden had in geval van het (laten) ondernemen/organiseren van risicovolle (buiten)activiteiten, waaronder het maken van de betreffende afzeilinrichting: een zekere gezagsverhouding was dus weldegelijk aan de orde. Al met al lijkt de vereniging een (voldoende) professionele deelnemer aan het maatschappelijk verkeer; van activiteiten in de particuliere c.q. privésfeer is geen sprake. Dit betekent dat sprake is van een ‘bedrijfsmatig’ karakter in de zin van art. 6:181 jo. 173. Dat lid 4 van art. 7:658 door de rechtbank (toch) niet toepasselijk werd geacht bij gebreke van de uitoefening van een ‘beroep of bedrijf’, moet mijns inziens ook niet zozeer gezocht worden in het ontbreken van ‘voldoende professionaliteit’ zijdens de vereniging,<sup>207</sup> maar veeleer in het feit dat de verhouding tussen het gelaedeerde lid en de scoutingvereniging het vereiste *arbeidsrechtelijke* karakter ontbeerde.<sup>208</sup>

Of sprake is van de voor toepassing van art. 6:181 voldoende mate van ‘professionaliteit’ zal steeds van alle omstandigheden van het geval afhangen. In de meerderheid der gevallen zal het echter al gauw duidelijk zijn of sprake is van activiteiten in de professionele of juist particuliere c.q. privésfeer. In niet-sprekende gevallen kan bij de afbakening betekenis toekomen aan de theoretische argumenten achter het bedrijfsbegrip van art. 6:181, zoals gevaarverhoging, opspoorbaarheid, de eenheidsgedachte, de mogelijkheid tot schadespreiding, de gebruikelijkheid en mogelijkheid van het afsluiten van een verzekering en de

---

207 De maatstaf ‘beroep of bedrijf’ in art. 7:658 lid 4 beoogt eveneens (vooral) de particuliere sfeer van aansprakelijkheid uit te sluiten: in de totstandkomingsgeschiedenis werd uitvoerig stilgestaan bij de particuliere hulp in de huishouding, die werd geacht buiten het bereik te vallen van lid 4 van art. 7:658. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 14, 18; *Kamerstukken I* 1998/99, 26257, 110b, p. 6-7. In lijn hiermee ligt HR 15 december 2017, *RvdW* 2018/30 (*Parochie/X*), waaruit een ruime uitleg van het bedrijfsbegrip van art. 7:658 lid 4 volgt en duidelijk wordt dat (vooral) privésituaties buiten deze aansprakelijkheid vallen.

208 Zie in deze zin ook de annotaties van Schneider, *JIN* 2013/44 en Barentsen *JAR* 2013/87. In dit perspectief past ook Rb. Leeuwarden 27 juli 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR3449 (*Dagbesteding*), waarin een (professionele) instelling die dagbesteding aan mensen met een verstandelijke handicap aanbood (toch) niet ex lid 4 van art. 7:658 kon worden aangesproken door een van haar cliënten die binnen de instelling seksueel was misbruikt.

profijtgedachte.<sup>209</sup> Ook kan in twijfelgevallen betekenis toekomen aan gezichtspunten als de aard van de ontplooidde activiteiten, of deze eenmalig dan wel terugkerend/structureel plaatsvinden, de organisatiestructuur van de aangesprokene en eventuele gezagsverhoudingen, of sprake is van (reële) investeringen, of de betreffende 'organisatie' de beschikking heeft over een eigen pand, eigen terrein en/of eigen hulpmiddelen. Voorts sluit ik niet uit dat ter toepassing van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 in grensgevallen relevant kan zijn op wie de aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 en 179 rust wanneer art. 6:181 *niet* zou worden toegepast. Betreft het 'vangnet' een (echte) 'particulier' dan zou dat de neiging kunnen opwekken art. 6:181 (toch maar) toepasselijk te achten, terwijl in geval van 'teruggevallen' op een 'professional' (eerder) van toepasselijkheid van art. 6:181 afgezien zou kunnen worden. Binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 gaat namelijk steeds een 'absorberende' werking uit van degene die een 'bedrijf' uitoefent (de professional),<sup>210</sup> hetgeen ook de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde bezitter kan zijn.<sup>211</sup> Denk aan een ongeluk met een katrol bij een vereniging zoals de voornoemde scoutingclub, zij het dat de vereniging nu minder professioneel is georganiseerd en werkelijk aanschuurt tegen 'de privésfeer'. Stel dat in een dergelijk geval van niet-toepasselijkheid van art. 6:181 jo. 173 op de vereniging, op grond van art. 6:173 als bezitter een (andere) 'particulier' ofwel een (echte) professional – bijvoorbeeld een outdooractiviteitenbedrijf dat de (gebrekkige) katrol voor het afzeilen ter beschikking had gesteld – aansprakelijk zou zijn. Wellicht dat, als het erop aankomt, in het laatste geval minder moeite bestaat art. 6:181 *niet* op de scoutingvereniging toe te passen dan in het eerste geval.<sup>212</sup> Uitgangspunt is in ieder geval dat het bedrijfsbegrip van art. 6:181 een ruime uitleg toekomt, waaraan derhalve niet snel *niet* zal zijn voldaan.

209 Vgl. voor wat betreft dit laatste ook de noot van Barentsen *JAR* 2013/87 onder de *Scouting*-zaak omtrent de reikwijdte van het bedrijfsbegrip van art. 7:658 lid 4: 'Wanneer een club toch met een zekere mate van professionaliteit structureel activiteiten ontplooit kan deze bepaling van toepassing zijn, zeker als die club daarmee inkomsten genereert. Te denken valt aan een door clubvrijwilligers gerunde sportkantine die in de derde helft een forse omzet draait.'

210 Zie par. 4.6.5.

211 Vgl. Rb. Utrecht 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1670 (*Gebrekkige kade*), waarin de ex art. 6:181 jo. 174 aangesproken gebruikers niet werden geacht een 'bedrijf' uit te oefenen (maar in privé te handelen) waardoor de gemeente Breda als professionele bezitter ex art. 6:174 met de aansprakelijkheid was belast.

212 Dit lijkt op gespannen voet te staan met het *Loretta*-arrest, nu daarin werd geoordeeld dat ter beantwoording van de vraag op wie – bezitter of gebruiker – de aansprakelijkheid ex art. 6:179 rust i.) niet meeweegt wie jegens de benadeelde eventueel ex art. 6:162 aansprakelijk is voor de door het dier aangerichte schade, en ii.) niet van belang is of de bedrijfsmatige gebruiker bezitter of detentor van het dier is. In mijn ogen kan dus wel van belang zijn of de bedrijfsmatige gebruiker bezitter is, want als hij dat niet is is bij niet-toepassing van art. 6:181 een ander ex art. 6:179 aansprakelijk. En bij de keuze tussen de bezitter of gebruiker zou van belang kunnen zijn wie dát is. Het *Loretta*-arrest laat hiervoor mijns inziens ruimte, nu de Hoge Raad gezien de insteek van de cassatiemiddelen naar mijn idee enkel heeft willen uitdrukken dat iemand als gebruiker ex art. 6:181 aansprakelijk kan zijn zonder (tevens) bezitter van de zaak te zijn.

## 6.8 Conclusie en afronding

De begrenzing tot 'bedrijfsmatig' handelen in art. 6:181 sterkt ertoe niet-professionele gebruikers van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken buiten deze aansprakelijkheid te houden. Art. 6:181 heeft betrekking op iedere *professionele* gebruiker; alleen het gebruik van zaken in de particuliere c.q. privé sfeer valt buiten de bepaling. Wanneer een professionele gebruiker ontbreekt, fungeert de aansprakelijkheid van de (particuliere) bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 (inclusief de 'bijzondere' personen waarvoor deze inwisselbaar is)<sup>213</sup> als 'vangnet'.<sup>214</sup> In deze benadering zijn ook de 'gebruikers' in te passen die niet of maar moeilijk zijn te vangen in de traditionele termen bedrijf, beroep of overheid. Met 'de professional' is een algemene maatstaf gegeven aan de hand waarvan in voorkomende gevallen kan worden getoetst of de aangesprokene al dan niet het in art. 6:181 bedoelde 'bedrijfsmatige' karakter draagt. De toepassing hiervan zal in de meeste praktijkgevallen voor weinig discussie vatbaar zijn. Is de (voldoende mate van) professionaliteit van de aangesprokene toch twijfelachtig, dan zal het aankomen op een beoordeling van alle omstandigheden van het desbetreffende geval.

---

213 Zie par. 3.5.2.

214 Zie par. 4.4 en 4.5.



### 7.1 Inleiding

Art. 6:181 koppelt de aansprakelijkheid aan het *gebruik* van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken. Wanneer heeft het in art. 6:181 bedoelde ‘bedrijf’ nu als ‘gebruiker’ daarvan te gelden?<sup>1</sup> Naar normaal spraakgebruik heeft het werkwoord ‘gebruiken’ de betekenis van ‘het zich bedienen van’.<sup>2</sup> De gedachten over het gebruiksbegrip van art. 6:181 gaan zodoende al gauw uit naar het gebruik van machines, werktuigen, gebouwen en dieren als ‘productiemiddel’ waarmee wordt bijgedragen aan de uitoefening van het betreffende bedrijf. Vastomlijnd is de term ‘gebruik’ echter allerminst. Zo is al problematisch de zeer basale casus waarin iemand een ander in de bedrijfsmatige sfeer een stoel aanbiedt: heeft degene die op de stoel gaat zitten als ‘gebruiker’ daarvan te gelden, of is dat degene die de stoel als zitplaats heeft aangeboden, dan wel kunnen beiden als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de stoel worden aangemerkt?<sup>3</sup> Een vraag is voorts of enkel van draaiende machines, kantoorgebouwen die tussen negen en vijf ‘in bedrijf’ zijn en van paarden die tijdens een paardrijles in draf lopen, kan worden gezegd dat deze bedrijfsmatig worden ‘gebruikt’. Of kunnen ook ’s nachts uitgeschakelde machines, gebouwen buiten kantooruren en paarden die na afloop van de les ‘op stal’ staan ‘in gebruik’ zijn? Wetsontwerper Meijers kreeg al een vraag in deze richting voorgelegd ten tijde van de beraadslagingen over de vroege voorloper van art. 6:173,<sup>4</sup> waarin de algemene aansprakelijkheid voor zaken werd gelegd op de *gebruiker* daarvan, en antwoordde als volgt:

‘Wanneer is een machine in gebruik? Is dat het geval, wanneer zij voor gebruik gereedstaat, of alleen wanneer zij werkt? Dat is een vraag, die men aan de rechtspraak zal moeten overlaten. *Wanneer begint het gevaar groter te worden?* Daarvan zal het antwoord op de vraag afhangen. Als een machine geheel uitgeschakeld is en rotsvast op een bepaalde plaats staat, kan men haar niet

---

1 Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ziet blijkens hoofdstuk 6 op ‘de professional’. Omwille van de leesbaarheid wordt in dit hoofdstuk ter aanduiding van de ex art. 6:181 aansprakelijke niettemin van ‘bedrijf’ en ‘bedrijfsmatige’ gebruiker gesproken.

2 Zie de definitie in de Van Dale.

3 Ontleend aan Beekhuis 1963, p. 573 met betrekking tot art. 6.3.15 O.M., de vroege voorloper van art. 6:173, dat de aansprakelijkheid voor zaken nog legde bij de ‘gebruiker’ daarvan.

4 Parl. gesch. Boek 6, p. 737. Het betreft art. 6.3.15 O.M., zie Parl. gesch. Boek 6, p. 742. Dit artikel werd vervangen door art. 6.3.2.5 G.O., en uiteindelijk als bezittersaansprakelijkheid ex art. 6:173 ingevoerd.

meer als *gevaarlijk voorwerp* beschouwen. Bij vliegtuigen laat men de aansprakelijkheid beginnen reeds voordat het toestel in de lucht is. Krachtens de nieuwe regeling van het tractaat van Rome begint reeds zodra het vliegtuig in beweging is, ook op de grond, de verzwaarde aansprakelijkheid. Zo zal men ook bij machinerieën naar omstandigheden een beslissing moeten geven omtrent de vraag, wanneer men kan zeggen, dat zij in gebruik zijn en de verhoogde aansprakelijkheid begint.<sup>5</sup> (curs. AK)

Duidelijk is dat Meijers dacht aan een aansprakelijkheid voor zaken die als 'gevaarlijk' zijn te beschouwen. Ter beantwoording van de vraag of een zaak al of niet 'in gebruik' is, werd aldus vooral waarde gehecht aan de gevaartheorie ('Wanneer begint het gevaar groter te worden?'). Gedurende de verdere parlementaire behandeling van de aansprakelijkheid voor zaken zag men kennelijk in dat hantering van het gebruiksbegrip voor de nodige problemen zou kunnen zorgen. Voorgesteld werd de aansprakelijkheid voor zaken in plaats van op de gebruiker op de bezitter te leggen.<sup>6</sup> De term 'gebruik' kon dan als onnodig complicerende eis worden geschrapt.<sup>7</sup> Toen het er naar uitzag dat tegelijkertijd met art. 6:173 geen regeling van productenaansprakelijkheid (thans afd. 6.3.3 BW) zou worden ingevoerd, vond de wetgever een bezittersaansprakelijkheid voor roerende zaken toch te ver gaan.<sup>8</sup> Voorgesteld werd de aansprakelijkheid voor de in art. 6:173 bedoelde zaken – overeenkomstig de maatstaf van art. 6:181 – alleen te leggen bij degene die deze *in de uitoefening van een bedrijf gebruikt*.<sup>9</sup> Wederom werden moeilijkheden voorzien ter toepassing van de term 'gebruiken' van een zaak, nu ook nog eens bedrijfsmatig.<sup>10</sup> Toen vervolgens tóch een regeling van productenaansprakelijkheid tot stand bleek te komen vóór de inwerkingtreding van Boek 6 BW, werd de bedrijfsmatige 'gebruiker' weer als aansprakelijke persoon uit het ontwerp-artikel 6:173 geschrapt en werd de bezittersaansprakelijkheid hersteld.<sup>11</sup> Dat de term 'gebruik' zodoende uiteindelijk niet in art. 6:173 is terechtgekomen, zou als een gelukkige ontwikkeling aangemerkt kunnen worden. Het oude recht had immers al aangetoond dat in de praktijk nogal werd geworsteld met de toepassing daarvan, namelijk bij de in art. 1404 OBW geregelde aansprakelijkheid voor dieren die rustte op de eigenaar of 'gebruiker'. De Hoge Raad moest er meermaals aan te pas komen, ook in 'alledaagse' gevallen, om knopen over het gebruiksbegrip van deze bepaling door te hakken.<sup>12</sup> Waar de term

5 Parl. gesch. Boek 6, p. 741.

6 Art. 6.3.2.5 G.O., de opvolger van art. 6.3.15 O.M. Zie Parl. gesch. Boek 6, p. 732-733, 745.

7 Parl. gesch. Boek 6, p. 748.

8 Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1373. Het werd bezwaarlijk geacht dat men op de enkele grond dat men bezitter is aansprakelijk kon zijn voor gebreken van roerende zaken, ook wanneer het gebrek is ontstaan tijdens het productieproces, maar zonder dat dit tot aansprakelijkheid van de producent zelf leidde of op deze verhaal kon worden genomen.

9 Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1373-1375; *Kamerstukken II* 1983/84, 17541, 4. Als motieven voor aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker – en het ontbreken van die van de bezitter – werd een beroep gedaan op de gevaartheorie en profijtgedachte.

10 Vgl. Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1373: 'Het zal eindeloze procedures opleveren om vast te stellen of iets al dan niet bedrijfsmatig is gebruikt'.

11 Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1386-1387; *Kamerstukken II* 1985/86, 17541, 12. Daarbij werd via lid 2 van art. 6:173 de bezittersaansprakelijkheid uitgesloten voor door afd. 6.3.3 BW bestreken schade door productiegebreken.

12 O.a. HR 14 februari 1919, *W* 10412 (*APC/Gemeente Groningen*); HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*) en HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*). Zie over art. 1404 OBW ook par. 3.3.2 en par. 4.3.

‘gebruik’ niet in de definitieve versie van art. 6:173 is terechtgekomen, vervult zij binnen art. 6:181 wel een belangrijke rol. Dat het gebruiksbegrip van art. 6:181 in de rechtspraak afgebakend dient te worden, blijkt uit het inmiddels verschenen arrest HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*).<sup>13</sup> Dit arrest handelt over een bepaald niet onallegaagse casus, waarin een manege tegen betaling het paard van een ander ‘beleerde’ (trainen, africhten en zadelmak maken). Tot in hoogste instantie werd geprocedeerd over de vraag of de manege daarmee als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van dit dier kwalificeerde. Met het *Loretta*-arrest heeft de Hoge Raad wel enige duidelijkheid geschapen, maar uitgekristalliseerd is de uitleg van het gebruiksbegrip van art. 6:181 nog allerminst. Dit kernbegrip wordt in dit hoofdstuk aan een nadere beschouwing onderworpen. Gezien de bevindingen in de hoofdstukken 4 en 5, zal hierbij overigens *een ruime uitleg* als uitgangspunt hebben te gelden.

## 7.2 De visie van de wetgever

### 7.2.1 *Het Gewijzigd Ontwerp van 1976*

Bij de introductie van art. 6:181 werd in de toelichting specifiek over het gebruiksbegrip enkel aangegeven dat het voor een ander bedrijfsmatig *bewaren* of *vervoeren* van zaken daaronder *niet* valt.<sup>14</sup> Dat de ‘bewaarder’ van zaken geen ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 is, werd als volgt toegelicht (MvA):

‘Wat het bewaren betreft *lijkt* dit *in beginsel* ook niet gerechtvaardigd. Wanneer het gaat om gebrekkige zaken, om bijv. vaten gevaarlijke stoffen, of om dieren, dan is *de band* tussen schaden die door de gebruikelijke zorg voor dergelijke objecten niet kunnen worden voorkomen, en de uitoefening van het bedrijf van de bewaarder *niet sprekend genoeg* om schade van deze soort tot een bedrijfsrisico te maken.’ (curs. AK)

Erg stellig is de toelichting niet: het ‘lijkt’ ‘in beginsel’ niet gerechtvaardigd de bewaarnemer met het aansprakelijkheidsrisico van schade door een in bewaring gegeven zaak te belasten. Daarbij wordt blijkens de toelichting betekenis toegekend aan de kennelijk ‘losse’ band tussen (het bedrijf van) de bewaarnemer en (de schade veroorzaakt door) de betreffende zaak. Voorts wordt direct een uitzondering op het uitzonderen van de bewaarder als kwalitatief aansprakelijke persoon gemaakt: de bedrijfsmatige bewaarder van een gevaarlijke stof behoort volgens de wetgever wel kwalitatief aansprakelijk te zijn.<sup>15</sup> Gebreken van opslagtanks waarin gevaarlijke stoffen worden bewaard komen op grond van art. 6:181 jo. 174 volgens de toelichting namelijk eveneens voor risico van de bewaarder. Daarnaast is volgens de toelichting redengevend dat in geval van bewaarneming van gevaarlijke stoffen vaak hoeveelheden van een (vloei)stof van verschillende eigenaren in één

<sup>13</sup> Zie over dit arrest ook par. 3.3.3.1.

<sup>14</sup> Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

<sup>15</sup> Destijds lid 2 van art. 6.3.2.6 G.O., thans lid 2 van art. 6:175.



tank worden gedaan en vermenging optreedt. In dergelijke gevallen voorkomt een concentratie van aansprakelijkheid bij de bewaarder moeilijkheden bij het opsporen van de aansprakelijke persoon, aldus de toelichting. Tot slot vermeldt de toelichting dat de band van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker met een gevaarlijke stof die aan een ander in bewaring is gegeven 'te weinig sprekend' meer is voor een kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>16</sup> De aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige *bewaarder* van gevaarlijke stoffen is neergelegd in het huidige art. 6:175 lid 2.

Dat de 'vervoerder' van zaken niet als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 kwalificeert, is volgens de toelichting gelegen in het feit dat een eventuele regeling van vervoerdersaansprakelijkheid voor schade door de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken in Boek 6 BW niet wenselijk is, maar beter in het kader van Boek 8 BW kan worden gezien 'in verband met de problematiek van het vervoer in het algemeen'.<sup>17</sup> Wanneer Boek 8 BW erop wordt nageslagen, blijkt dat daarin alleen een kwalitatieve aansprakelijkheid van de vervoerder van gevaarlijke stoffen is opgenomen,<sup>18</sup> ertoe strekkende derden-benadeelden (benadeelden die *buiten* de vervoersketen staan) te beschermen.<sup>19</sup> Deze aansprakelijkheid in Boek 8 BW ziet op de periode waarin de stof zich in het vervoermiddel bevindt.<sup>20</sup> Om te voorkomen dat 'een geheel ander regime' geldt in geval hiervan geen sprake is maar een gevaarlijke stof zich toch in een nauw met het vervoer samenhangende situatie bevindt,<sup>21</sup> is in Boek 6 BW een op Boek 8 BW afgestemde regeling getroffen. In de *tweede* zin van art. 6:175 lid 2 is – voor zover Boek 8 BW niet van toepassing is – met de in de *eerste* zin van dit tweede lid genoemde bewaarder van een gevaarlijke stof gelijkgesteld de vervoerder of 'soortgelijke ondernemer' die deze stof ten vervoer of uit hoofde van een met het vervoer samenhangende overeenkomst in zijn macht heeft. Ook in nauw met de in Boek 8 BW geregelde vervoerssituaties samenhangende gevallen behoort de vervoerder van een gevaarlijke stof (of daarmee gelijk te stellen persoon) en niet de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk te zijn,<sup>22</sup> aangezien deze laatste 'de zorg voor de stof' dan niet meer hebben en voor een eventuele schadelijgende derde doorgaans 'nauwelijks op te sporen' zullen zijn.<sup>23</sup>

16 Parl. gesch. Boek 6, p. 747; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43. In deze periode rustte de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen als vuistregel nog op de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker, hetgeen uiteindelijk (enkel) de beroeps- of bedrijfsmatige gebruiker werd. Zie par. 6.6.4.

17 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

18 Door middel van een viertal vrijwel identieke afdelingen is een regeling getroffen voor schade door gevaarlijke stoffen aan boord van een zeeschip (art. 8:620-627), binnenschip (art. 8:1030-1037), wegvoertuig (art. 8:1210-1220) en spoorvoertuig (art. 8:1670-1680).

19 *Kamerstukken I* 1993/94, 21202, 99a, p. 3.

20 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43.

21 In *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43 wordt gewezen op te vervoeren stoffen die de locatie van de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker hebben verlaten, maar zich (nog) niet in een vervoermiddel bevinden maar op het terrein van de vervoerder in afwachting van inlading dan wel na lossing in afwachting van de aflevering aan de ontvanger. Ook wordt gewezen op de soms betrokkenheid van meerdere vervoermiddelen en de noodzaak van korte opslag van stoffen voordat overlading kan geschieden.

22 Later zou de bezittersaansprakelijkheid worden geschrapt.

23 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 44.

In Boek 8 BW is géén kwalitatieve aansprakelijkheid opgenomen voor schade van derden-benadeelden in vervoerssituaties veroorzaakt door de in art. 6:173 en 179 bedoelde zaken<sup>24</sup> – en is dus ook geen sprake van een daarop afgestemde regeling in Boek 6 BW. Hieraan is bij de parlementaire totstandkoming van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de vervoerder van *gevaarlijke stoffen* in Boek 6 en 8 BW ook geen (kenbare) aandacht besteed. Moet uit het niet regelen van een aansprakelijkheid van de vervoerder voor roerende zaken en dieren in Boek 8 BW nu worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke aansprakelijkheid *dus* niet heeft gewild? Of staat gelet op het aanvankelijke van Boek 6 BW naar Boek 8 BW willen ‘doorschuiven’ van deze materie maar het uiteindelijke ‘niet-regelen’ daarvan in *Boek 8 BW*, de deur voor een aansprakelijkheid van de vervoerder op grond van *Boek 6 BW* (lees: art. 6:181) toch weer open? In ieder geval is in Boek 8 BW de aansprakelijkheid van de vervoerder voor schade door gebrekkige zaken en levende dieren *in het kader van de vervoersovereenkomst* uitgesloten,<sup>25</sup> terwijl ingevolge de paardensprongregeling in art. 8:364 (jo. 8:1081) de aansprakelijkheid van de vervoerder jegens derden niet verder gaat dan zijn aansprakelijkheid uit de vervoersovereenkomst. Anderzijds is het zo dat deze regeling niet ziet op schade van derden-benadeelden maar behoudens schade aan de vervoerder zelf, betrekking heeft op schade aan de vervoerde zaken<sup>26</sup> en op schade door vervoerde zaken toegebracht aan andere zaken die zich in het vervoersmiddel bevinden.<sup>27</sup> De achtergrond van de voor de vervoerder bevrijdende omstandigheden met betrekking tot gebrekkige zaken en levende dieren *binnen de vervoersketen* is dat zij ‘difficult travelers’ zijn, waarvan het vervoer nu eenmaal bijzondere risico’s met zich kan brengen. Het wordt niet billijk geacht de vervoerder te belasten met schade binnen de vervoersketen die is toe te schrijven aan de loutere aard van de vervoerde goederen zélf.<sup>28</sup> Schade toegebracht door een vervoerde zaak *aan een derde c.q. buiten de vervoersketen* betreft in mijn ogen evenwel een vraag van andere orde. Daarbij kan worden bedacht dat de vervoerder ingevolge art. 6:181 ook ‘gewoon’ kwalitatief aansprakelijk is voor de zaken en dieren waarvan hij zich bedient om zijn vervoersbedrijf uit te oefenen. Denk aan een commerciële rondrit in een huifkar voortgetrokken door een paard, waarbij een derde schade lijdt: is de oorzaak van die schade gelegen in een gebrek in de huifkar (art. 6:173) of de eigen energie van het dier (art. 6:179), dan draagt het vervoersbedrijf daarvoor ex art. 6:181 de aansprakelijkheid. Zoals gezegd, maken Boek 8 BW en de daarmee samenhangende internationaalrechtelijke aspecten geen onderwerp van deze studie uit.<sup>29</sup> Een finaal standpunt over een kwalitatieve aansprakelijkheid van de vervoerder van zaken en dieren, zij het dus niet op grond van Boek 8 maar Boek 6 BW (art. 6:181), zal in het kader van deze

24 De vraag naar het vervoer van de in art. 6:174 bedoelde opstallen laat ik gezien de aard van deze zaken, bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven, rusten.

25 Vgl. voor goederenvervoer over de weg art. 8:1099 sub c en f, over het spoor art. 8:1571 lid 3 sub d en f.

26 Denk aan een zaak die beschadigt raakt, of een dier dat sterft.

27 Denk aan het ene paard dat het andere paard trapt of bijt.

28 Haak, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 8:1099, aant. 2, sub c.

29 Zie par. 1.3.2.

studie dan ook niet worden ingenomen. Dit laat evenwel onverlet dat de vervoerder van zaken en dieren in zekere zin op een lijn is te stellen met de bewaarder daarvan. Wat in het kader van deze studie over de bewaarder in relatie tot art. 6:181 naar voren wordt gebracht, zal in beginsel dus wel relevant kunnen zijn voor de positie van de vervoerder.

In de toelichting die art. 6:181 bij zijn introductie in het Gewijzigd Ontwerp vergezeld, vormt de toelichting betreffende het bewaren en vervoeren van zaken het enige specifieke commentaar op het gebruiksbegrip van deze bepaling. In andere passages uit de toelichting op art. 6:181 wordt 'zijdelings' nog wel gesproken van de uitoefening van een bedrijf in een gebouw en met machines, het be- en verwerken van zaken, alsook het geval waarin een ondernemer een zaak ter verwerking in ontvangst heeft genomen of tegen vergoeding ter beschikking stelt aan een ander (zoals verhuur en leasing).<sup>30</sup> Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat het 'gebruiksbegrip' van art. 6:181 niet beperkt is tot alleen de sprekende gevallen van het aanwenden van zaken als productiemiddel (gebouw, machine), maar ook toepassing kan vinden indien een zaak niet wordt 'geëxploiteerd' maar zélf object van de betreffende activiteit is (be-/verwerken). Ook lijkt ruimte te bestaan om het onder zich hebben van een zaak *met het oog op* het eigenlijke gebruik (reeds) als 'gebruik' in de zin van art. 6:181 aan te merken. Een logisch pendant daarvan zou zijn dat ook het onder zich hebben van een zaak *na afloop van* het eigenlijke gebruik (nog) 'gebruik' in de zin van art. 6:181 kan opleveren.<sup>31</sup>

### 7.2.2 De Aanvullingswet 1995

In een later stadium, toen art. 6:181 al tot wet was verheven, is allereerst bevestigd dat de term 'gebruik' in art. 6:181 'ruim' moet worden opgevat.<sup>32</sup> Vervolgens leert de toelichting op de Aanvullingswet 1995 dat onder dit begrip mede kan worden begrepen:<sup>33</sup>

'het geval dat zaken zijn *bestemd voor verkoop*, of zijn opgeslagen voor toekomstige werkzaamheden of als al dan niet later af te voeren afval.' (curs. AK)

Het onder zich hebben van een zaak *met het oog op* – de toelichting spreekt van 'toekomstige werkzaamheden' en – als logisch pendant – *na afloop van* het eigenlijke gebruik van de zaak, kan dus 'gebruik' in de zin van art. 6:181 opleveren. Ook spreekt de toelichting van activiteiten als het verkopen van zaken en het afvoeren van afval. Voor wat betreft verkoop rijst de vraag of alleen wordt bedoeld op het met het oog daarop onder zich hebben van zaken *nádat* deze in het bedrijf zijn vervaardigd, bewerkt of verwerkt (lees: zijn 'gebruikt'), of dat ook het enkele verkopen van zaken an sich al 'gebruik' ex art. 6:181 kan opleveren. Dit laatste lijkt

30 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746.

31 Met 'eigenlijk' gebruik ex art. 6:181 lijkt het te gaan om het aanwenden van zaken als productiemiddel, het be- of verwerken van zaken, alsmede het ter beschikking stellen van zaken aan een ander.

32 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

33 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

enerzijds te passen bij activiteiten als verhuur en leasing, waarvan de toelichting lijkt te impliceren dat deze door art. 6:181 worden bestreken. Anderzijds, het *enkele* onder zich hebben met het oog op verkoop – denk aan de detaillist die een door een ander tot eindproduct vervaardigde zaak heeft ingekocht of aan een asiel waar dieren louter te koop worden aangeboden –, schuurt aan tegen het bewaren van zaken hetgeen de wetgever in beginsel juist buiten art. 6:181 heeft willen houden.<sup>34</sup> Ten aanzien van het afvoeren van afval rijst de vraag of daarmee enkel wordt bedoeld op zaken die als zodanig binnen het bedrijf zijn vrijgekomen bij de vervaardiging, be- of verwerking van het eigenlijke product, dan wel dat het enkele onder zich houden van afval dat door *een ander* is geproduceerd ook onder ‘gebruik’ ex art. 6:181 valt. Het eerste vormt een bevestiging van de mogelijkheid dat ook het (nog) onder zich hebben van zaken *nádat zij zijn gebruikt* voor ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 kan doorgaan. Het laatste geval wijst in de richting van een nog ruimere uitleg van het gebruiksbegrip, maar lijkt op gespannen voet te staan met het beginsel dat het enkele bewaren van zaken van art. 6:181 is uitgezonderd.<sup>35</sup>

Dat het enkele bewaren van zaken in beginsel niet onder het gebruiksbegrip van art. 6:181 valt, lijkt ook in het kader van de totstandkoming van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175) tot uitdrukking te zijn gebracht. Aanvankelijk stonden in het ontwerp-BW de roerende zaken, opstallen, dieren en gevaarlijke stoffen in die zin op één lijn, dat de aansprakelijkheid rustte op de bezitter of de bedrijfsmatige gebruiker. Na het in 1983 bij de Stofkam-operatie schrappen van het ontwerp-artikel 6:175 uit het wetsvoorstel NBW (en in navolging daarvan ook uit art. 6:181), keerde deze aansprakelijkheid terug als onderdeel van de Aanvullingswet 1995. Wederom werd voorgesteld de aansprakelijkheid te leggen bij de *bezitter* of de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker. Toen gedurende de parlementaire behandeling de aansprakelijkheid van de particuliere bezitter onder druk kwam te staan,<sup>36</sup> werd ervoor gekozen de aansprakelijkheid op grond van art. 6:175 lid 1 te beperken tot:<sup>37</sup>

‘degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een stof *gebruikt of onder zich heeft*.’  
(curs. AK)

---

34 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

35 Parl. gesch. Boek 6, p. 747. Zie in dit verband ook art. 6:176 (aansprakelijkheid exploitant stortplaats voor schade wegens de door een stortplaats veroorzaakte milieuverontreiniging), in het bijzonder lid 5 dat bepaalt dat indien op een legale stortplaats een zaak ex art. 6:173 of stof ex art. 6:175 is gestort, de aansprakelijkheid uit deze artikelen rust op de in art. 6:176 genoemde exploitant van de stortplaats.

36 Zie par. 6.6.3.

37 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

De toelichting vermeldt dat hiermee 'in hoofdzaak' de formulering van art. 6:181 wordt gevolgd – *gebruik in de uitoefening van een bedrijf* – maar 'enige aanvulling' heeft plaatsgevonden.<sup>38</sup> Aan degene die een gevaarlijke stof 'gebruikt' is toegevoegd:<sup>39</sup>

'degene die de stof in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf *onder zich heeft*. Dit valt ten dele reeds onder "in de uitoefening van een bedrijf gebruiken", dat immers *ruim* moet worden uitgelegd, *in het bijzonder met het oog op toekomstig gebruik of met het oog op afvoering als afval.*' (curs. AK)

Voor art. 6:175 geldt dus dat niet alleen het 'gebruiken' maar ook het enkele 'onder zich hebben' van een gevaarlijke stof binnen het bereik van de aansprakelijkheid valt.<sup>40</sup> Ten aanzien van art. 6:181 komt wederom naar voren dat zijn gebruiksbegrip 'ruim' moet worden uitgelegd, alsmede dat daaronder ten dele ook valt *het onder zich hebben* van zaken. Door de vermelding van 'met het oog op toekomstig gebruik' en 'met het oog op afvoering als afval' lijkt de wetgever namelijk uit te drukken dat het gebruiksbegrip van art. 6:181 mede omvat *het onder zich houden* van zaken vóór en ná het (eigenlijke) 'gebruik' daarvan. In deze benadering ziet het 'afvoeren als afval' op zaken die bij de vervaardiging van een zaak als 'bij-product' binnen het bedrijf zijn vrijgekomen, niet ook op het enkele bewaren van afval afkomstig van een ander. In die richting lijkt ook te wijzen hetgeen de toelichting nog vermeldt over de aanvulling van het gebruiksbegrip van art. 6:175 lid 1 met het 'onder zich hebben' van een gevaarlijke stof':<sup>41</sup>

'De onderhavige toevoeging stelt *buiten twijfel* dat *geen verband met gebruik van de stof* behoeft te bestaan.' (curs. AK)

Waar het *enkele* 'onder zich hebben' van een gevaarlijke stof al voldoende is als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:175, is dat voor art. 6:181, waarin enkel van het 'gebruik' van de zaak wordt gesproken, op zijn minst twijfelachtig.<sup>42</sup> De toelichting lijkt te impliceren dat het 'sec' bewaren van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken niet wordt bestreken door art. 6:181. Voor aansprakelijkheid op grond van deze bepaling lijkt, in tegenstelling tot art. 6:175, steeds een zeker verband met een 'gebruik' van de zaak noodzakelijk te zijn. Daarmee valt het enkele bewaren (en vervoeren) van een zaak in beginsel niet onder de reikwijdte van art. 6:181.

38 Zie par. 6.6.4.1 over het in art. 6:175 lid 1 aanvullen van de term 'bedrijf' met 'beroep'.

39 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 2.

40 'Onder zich hebben' moet worden begrepen als het feitelijk onder zich hebben c.q. het feitelijk in de macht hebben van een stof. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9, alsook *Bauw* 2015, p. 49.

41 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 2.

42 Vgl. Spier en Sterk 1995, p. 50: 'Het doel van de aanvulling lijkt niet zozeer het introduceren van een nieuw, ruimer criterium maar het buiten twijfel stellen dat bepaalde situaties onder art. 6:175 BW vallen.' Zie ook *Bauw* 2015, p. 49 die hier spreekt van het in bepaalde gevallen zeker stellen van de toepassing van art. 6:175.

Al met al geeft de parlementaire geschiedenis wel enige richting aan de uitleg van het gebruiksbegrip van art. 6:181. Echter, bij diverse voor de praktijk relevante gevallen werd niet stilgestaan terwijl over de wél aan de orde gestelde situaties, vanwege soms lastig te doorgronden toelichtingen, (ook) geen definitief uitsluitel werd verschaft.

### 7.3 Opvattingen in de literatuur en rechtspraak

In de literatuur over art. 6:181 werd van meet af aan aangenomen dat zijn gebruiksbegrip een ruime uitleg toekomt en méér omvat dan alleen het aanwenden van zaken als ‘productiemiddel’. Het enkele bewaren of vervoeren van zaken werd daarentegen niet als ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 aangemerkt. In de eerste wetenschappelijke beschouwingen werd vooral verwezen naar de – niet altijd in helderheid uitblinkende – wetsgeschiedenis.<sup>43</sup> Waar de grenzen in de doctrine wel eigenstandig werden verkend, geschiedde dat voornamelijk aan de hand van zelf-bedachte voorbeelden van concreet omschreven activiteiten.<sup>44</sup> Een definitieve beantwoording van dergelijke casus bleef echter niet zelden achterwege vanwege beschreven onzekerheden over het gebruiksbegrip van art. 6:181.

In veel feitenrechtspraak waarin toepassing aan art. 6:181 werd gegeven, was sprake van het sprekende geval van het zich als ‘productiemiddel’ bedienen van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Het betrof het in de uitoefening van een bedrijf gebruikmaken van bedrijfsterreinen<sup>45</sup> en bedrijfsgebouwen,<sup>46</sup> machines, werktuigen<sup>47</sup> en andere hulpzaken.<sup>48</sup> Ten aanzien van dieren ging het veelvuldig om gevallen waarin paarden werden gebruikt voor het geven van paardrijlessen.<sup>49</sup> Ook het ‘beleren’ van een paard werd in de feitenrechtspraak reeds als ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 aangemerkt.<sup>50</sup> Het enkele bewaren en vervoeren van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken werd evenwel niet geacht ‘gebruik’ als bedoeld in art. 6:181 op te leveren.<sup>51</sup>

43 Asser/Hartkamp 4-III 1990/184; Klaassen 1991, p. 90; Sterk 1994, p. 264.

44 Zo geeft Sterk 1994, p. 264 het voorbeeld van een computer van een derde, die op de administratieve afdeling van een productiebedrijf wordt gebruikt. Wessels 1989, p. 56-58 en Schoonbrood-Wessels 1991, p. 793-798 discussiëren over het gebruik van een zaak in concernverband en vragen zich af of meerdere vennootschappen tegelijkertijd als bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 aangemerkt kunnen worden.

45 Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JA* 2007/107, m.nt. Kolder (*Valraam ziekenhuis*).

46 HR 26 november 2010, *NJ* 2010/ 636 (*DB/Edco*); Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA* 2008/38 (*Ontbreken traprede*).

47 Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 (*Trailer*).

48 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *JA* 2011/184 (*Toegangspoort*); Rb. Rotterdam 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO3418 (*Loopplank*).

49 Hof Den Bosch 20 januari 2004, *VR* 2004/147 (*Ugurludogan/Manege Vlakwater*); Hof Arnhem 11 mei 2004, *NJ* 2004/664 (*Reitsma/Van der Kam*).

50 Hof Arnhem 6 januari 2004, *NJF* 2004/285 (*Paard Muchet*); Rb. Maastricht 22 januari 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF3869 en 12 november 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN8406 (*A.M.A.S.H.*).

51 Zie voor roerende zaken Rb. Utrecht 17 september 2008, *JA* 2008/161 (*Prorail BV/Railion*), over het vervoer van een onbeladen ertswagon. Zie voor dieren Rb. Breda 16 januari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC2035 (*Pina Colada*), over een paard dat werd gestald in een paardenpension. Zie ook Hof Leeuwarden 19 december 2001, rolnr. 96/00368 (niet gepubl.) (*Dierenambulance*), over een hond waarover een medewerker van de dierenambulance zich had ontfemd. Voor wat betreft opstallen kan in dit verband worden gewezen op Hof Amsterdam 26 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ6089 (*Allianz/SFB Diensten*), over het beheren van een wooncomplex. Overigens, al zou het beheren van een opstal wél ‘gebruik’ ex art. 6:181 kunnen opleveren, dan is de aansprakelijkheid van de beheerder gezien de voor opstallen geldende tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 nog altijd niet zonder meer gegeven. Zie voor een uitwerking hiervan par. 7.6.5 e.v.

### 7.3.1 *Het Loretta-arrest*

In dit arrest lag voor de vraag of een manege, die tegen betaling een paard van een ander 'beleerde' (trainen, africhten en zadelmak maken), als bedrijfsmatige 'gebruiker' van dit dier had te gelden.<sup>52</sup> Ondanks dat het dier in taalkundig opzicht niet werd 'gebruikt' – het paard was geen 'productiemiddel' van de manege; het dier werd niet 'geëxploiteerd' door daarmee rijlessen te geven – maar uitsluitend zélf object van dienstverlening was, beantwoordde de Hoge Raad deze vraag evenals de rechtbank en het hof bevestigend.<sup>53</sup> De rechtbank oordeelde dat het gebruiksbegrip van art. 6:181 niet naar 'normaal spraakgebruik' moet worden uitgelegd. Ondanks dat van het tegen betaling verhuren aan derden van het paard geen sprake was en het dier ook niet werd ingezet voor het geven van rijlessen, gaf zij toepassing aan art. 6:181. De rechtbank achtte het beleren van een paard vergelijkbaar met het be- of verwerken van zaken, hetgeen volgens haar gezien de wetsgeschiedenis mede onder de werking van art. 6:181 is begrepen.<sup>54</sup> Het hof paste art. 6:181 eveneens toe, overwegende dat van een 'enkele aanwezigheid' van het paard in de manege vanwege stalling geen sprake was. De manege had volgens het hof geleet op de belering 'een verdergaande bemoeienis' met het dier en ontving voor deze activiteit bovendien een vergoeding.<sup>55</sup> In cassatie, waarin de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:179 niet werd bestreden,<sup>56</sup> werd uit alle macht geprobeerd de zaak buiten de reikwijdte van art. 6:181 te houden. De pijlen waren door de benadeelde in rechte namelijk enkel op de bezitter van het schadeveroorzakende paard gericht, niet (ook) op de manege. Zo werd betoogd dat het tegen betaling 'beleren' van een paard van een ander door een manege geen bedrijfsmatig 'gebruik' oplevert, omdat daarvoor sprake moet zijn van *exploitatie* van de zaak zelf, en dan ook nog eens *duurzaam* en *ten eigen nutte*.<sup>57</sup> Hiervan was volgens de cassatiemiddelen geen sprake, omdat het 'beleren' niet strekte tot gebruik of exploitatie van het paard, maar tot het verlenen van een dienst aan een ander (de eigenaar/bezitter van het dier), welke dienst bovendien naar zijn aard eindig en kortstondig was. Ook werd in cassatie aangevoerd dat de kosten van onderhoud van het paard gedurende het 'beleren' werden doorberekend aan de bezitter en derhalve door deze werden gedragen; het was niet de manege *te wier laste* het paard in leven werd gehouden.<sup>58</sup> Tevens werd aangevoerd dat het

52 Zie ook par. 3.3.1.

53 De contractuele grondslag laat ik buiten beschouwing: de aansprakelijkheidsverzekeraar van de bezitter had naar analogie van de schuldloze derde-regeling zonder erkenning van aansprakelijkheid voorschotten betaald, ten aanzien waarvan door de benadeelde het standpunt werd ingenomen dat de bezitter, ook indien deze niet ex art. 6:179 aansprakelijk zou zijn, toch gehouden was tot vergoeding van de schade. Anders dan de rechtbank, gingen het hof en de Hoge Raad daarin niet mee.

54 Rb. Den Bosch 22 september 2004, *NJF* 2004/604 (*Paard Loretta*).

55 Hof Den Bosch 23 december 2008, zaaknr. HD 103.002.737 (niet gepubl.) (*Paard Loretta*), r.o. 7.3.2.

56 Zie conclusie A-G Langemeijer, sub 3.6.

57 Dit criterium is ontleend aan HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*) met betrekking tot art. 1404 OBW over de aansprakelijkheid voor dieren ex art. 1404 OBW, dat de aansprakelijkheid legde bij de eigenaar of gebruiker.

58 Deze maatstaf is ontleend aan art. 6.3.11 O.M., het eerste ontwerp voor de aansprakelijkheid voor dieren in het NBW, de vroege voorloper van art. 6:179. De aansprakelijkheid werd toen nog gelegd op 'degene die het dier onderhoudt', hetgeen volgens de toelichting degene is die om hem moverende redenen – meestal economisch nut of eigen genoegen – het dier in leven houdt en 'te wiens laste' het dier in leven wordt gehouden. Parl. gesch. Boek 6, p. 764.

paard op het moment van de schadeveroorzaking *nagenoeg zadelmak* was, waarmee ten tijde van het ongeval feitelijk al een eind aan het ‘beleren’ was gekomen. In cassatie werd tot slot gewezen op de ratio van art. 6:181, inhoudende het ten behoeve van benadeelden vergemakkelijken van het *opsporen* van de aansprakelijke persoon. In de voorliggende kwestie had deze ratio geen rol gespeeld, aangezien (de ouders van) het slachtoffer tje de eigenaar van het paard zonder problemen had(den) opgespoord.

A-G Langemeijer gaf in zijn conclusie voor het *Loretta*-arrest aan dat voor ‘gebruik’ van een dier ex art. 6:181 niet vereist is dat dit dier duurzaam en ten eigen nutte wordt gebruikt nu dit een criterium was dat voor de ‘gebruiker’ uit art. 1404 OBW gold, en derhalve stamt van vóór de totstandkoming van art. 6:181. Ook is volgens Langemeijer ter toepassing van art. 6:181 niet beslissend te wiens laste het dier in leven wordt gehouden, omdat dit criterium gold voor de aansprakelijkheid voor dieren in het eerste ontwerp van het NBW (art. 6.3.11 O.M.) en art. 6:181 ook toen nog niet in beeld was. Dat de manege als ‘dienstverlener’ niet de vruchten plukt van de zaak (hier: het rijgenot van het zadelmak gemaakte paard en, voor zover het dier verzilverbare prestaties levert, de vruchten dáárvan), acht Langemeijer niet van belang omdat zijns inziens niet beslissend is te wiens nutte het gebruik strekt. Volgens Langemeijer duidt het werkwoord ‘gebruiken’ binnen art. 6:181 op een *feitelijk handelen met de zaak*.<sup>59</sup> Anders dan het geval waarin de bemoeienis zich beperkt tot stalling/opslag of transport van een zaak, is volgens Langemeijer in geval van het ‘beleren’ van een paard sprake van een feitelijk handelen: de manege laat het paard oefenen. Van een ‘gebruik’ in deze zin is zijns inziens ook sprake indien het gebruik niet ten eigen nutte – als voor het eigen gewin of voor het eigen plezier – is en ongeacht te wiens laste het dier in leven wordt gehouden. Het stadium waarin de belering verkeert, is volgens Langemeijer evenmin van belang ter beantwoording van de vraag wie het paard ten tijde van het ongeval gebruikte. Voor wat betreft de in cassatie ingeroepen ratio van art. 6:181 wijst hij tot slot erop dat art. 6:181 niet enkel ertoe strekt de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon te vergemakkelijken, maar ook beoogt de aansprakelijkheid op één plaats te concentreren en daarmee dubbele verzekeringslasten te voorkomen. Volgens Langemeijer had het hof dan ook terecht geoordeeld dat de manege paard *Loretta* ten tijde van het ongeval in de uitoefening van haar bedrijf ‘gebruikte’ als bedoeld in art. 6:181.

De Hoge Raad vangt niet aan met een bespreking van de cassatiemiddelen maar met diverse ‘voorstellingen’ hoe art. 6:181 moet worden verstaan, om vervolgens aan de hand daarvan te oordelen dat de cassatiemiddelen daarop stuklopen. Omtrent het gebruiksbegrip werd in algemene zin overwogen dat:<sup>60</sup>

‘niet van belang is of (...) *het doel* waartoe het dier aldus wordt gebruikt, inmiddels bijna is bereikt. Evenmin mag in dit verband de eis worden gesteld dat hij het dier *duurzaam* en *ten eigen nutte* gebruikt.’ (curs. AK)

---

<sup>59</sup> Conclusie sub 3.14.

<sup>60</sup> R.o. 3.3.



Met de uitkomst in de *Loretta*-zaak blijkt ook de Hoge Raad een *ruime uitleg* van het gebruiksbegrip van art. 6:181 voor te staan. Zo volgt daaruit dat 'gebruik' in de zin van art. 6:181 niet naar normaal spraakgebruik wordt uitgelegd. Vereist is namelijk niet het 'exploiteren' van zaken of het zich daarvan bedienen als 'productiemiddel'. Ook ingeval de zaak zélf het object van dienstverlening is, kan van 'gebruik' in de zin van art. 6:181 sprake zijn. Verder staat een kortstondig gebruik van een zaak niet aan toepassing van art. 6:181 in de weg (duurzaam gebruik is niet vereist)<sup>61</sup> en hoeft 'het bedrijf' ook niet de (uiteindelijke) vruchten van de zaak te plukken (het gebruik hoeft niet 'ten eigen nutte' te zijn).<sup>62</sup> Beslissend is evenmin of de op voet van art. 6:181 aangesprokene bepaalde aan de zaak verbonden lasten draagt, zoals de kosten van instandhouding of levensonderhoud. Dat de Hoge Raad niet van belang acht in welk stadium het 'gebruik' van de zaak zich bevindt, biedt ruimte om ook het onder zich hebben van een zaak vóór en ná het (eigenlijke) 'gebruik' onder de werking van art. 6:181 te brengen. Bij een ruime uitleg van art. 6:181 past namelijk dat werkelijk gebruik niet steeds is vereist, maar het veeleer gaat om de *hoedanigheid* van bedrijfsmatige gebruiker.<sup>63</sup> En die hoedanigheid verliest een manege bijvoorbeeld niet wanneer een paard daar in verband met een training op stal staat.<sup>64</sup> Wel lijkt steeds een zeker verband te moeten bestaan tussen een (eigenlijk) 'gebruik' van de zaak en het onder zich hebben daarvan. Tot slot valt uit het *Loretta*-arrest op te maken dat het vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon weliswaar een gedachte achter art. 6:181 is, maar dat een dergelijke ratio niet als toepassingsvoorwaarde voor de aansprakelijkheid fungeert. Art. 6:181 kan dus ook toepassing vinden in geval van voor de benadeelde wél kenbare verhoudingen.<sup>65</sup> Een vergelijkbare redenering geldt voor het zojuist al genoemde profijtbeginsel, dat eveneens een gedachte achter art. 6:181 is terwijl een winstoogmerk ter toepassing van deze bepaling niet beslissend is.<sup>66</sup>

In het *Loretta*-arrest heeft de Hoge Raad zich voornamelijk uitgelaten over *de wijze van 'gebruik'* – en dan ook nog eens over wat *niet* vereist is (duurzaamheid en ten eigen nutte) –, alsmede over *het stadium* – dat niet van belang wordt geacht – daarvan. Over welke activiteiten *als zodanig* onder 'gebruik' in de zin van art. 6:181 moeten worden begrepen, heeft de Hoge Raad zich in deze zaak niet in algemene zin uitgelaten. Duidelijk is wel dat 'gebruik' breder is dan alleen het als productiemiddel aanwenden van een zaak, alsmede dat het tegen betaling 'beleren' van een paard ook 'gebruik' ex art. 6:181 oplevert. Ook lijkt

61 Dit sluit aan bij art. 6:170, dat ook aansprakelijkheid kan vestigen bij afwezigheid van een duurzaam dienstverband, zoals een los of incidenteel werk. Zie Oldenhuis 2014, p. 45 en 48; Klaassen 1991, p. 51; *NJ-not* van Brunner sub 3, onder het *Pony*-arrest; annotatie Oldenhuis Hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS2588, *AV&S* 2005/25 (*Hondenkennel*).

62 Dit is in lijn met de wetsgeschiedenis, waaruit volgt dat het profijtbeginsel niet beslissend is voor de toepassing van art. 6:181.

63 Zie in deze zin reeds mijn annotatie van het *Loretta*-arrest in *JA* 2011/56.

64 In de *Loretta*-zaak had het hof overwogen dat '*gedurende het verblijf*' van het paard in de manege ter belering' (*curs. AK*) – dus ook als het daadwerkelijke beleren niet aan de gang was – de manege als bedrijfsmatige 'gebruiker' van dit dier had te gelden. Zie Hof Den Bosch 23 december 2008, zaaknr. HD 103.002.737 (niet gepubl.), r.o. 7.3.2.

65 Vgl. ook HR 18 juni 2010, *NJ* 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*) over art. 6:171, aan welke aansprakelijkheid weliswaar de gedachte ten grondslag ligt een oplossing voor complexe (interne) rechtsverhoudingen te bieden maar toch toepassing aan art. 6:171 is te geven als het de benadeelde (wél) duidelijk is hoe de (interne) lijnen lopen.

66 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

art. 6:181 niet alleen betrekking te hebben op zaken die ten tijde van de schadeveroorzaking werkelijk in gebruik zijn, maar ook op zaken die zich met het oog daarop of na afloop daarvan binnen het bedrijf bevinden. Maar hoe zit het bijvoorbeeld met het (enkele) bewaren of vervoeren van zaken en dieren dan wel het repareren of behandelen daarvan? Enige aandacht in de vooropstellingen van de Hoge Raad voor deze veel voorkomende activiteiten zou de rechtspraak meer houvast hebben geboden. De cassatiemiddelen en ook de conclusie van A-G Langemeijer waren hierop wel gericht, maar mogelijk heeft de Hoge Raad deze materie vooralsnog voor zich uit willen schuiven. A-G Langemeijer meende in ieder geval dat ‘gebruik’ ieder *feitelijk handelen met* een zaak inhoudt. Het laten oefenen van een dier in het kader van een belering, valt daar zijns inziens onder. In een dergelijke benadering lijkt het (enkele) bewaren of vervoeren van zaken maar moeilijk onder ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 te kunnen worden begrepen: van een *feitelijk handelen met* dergelijke zaken is dan immers geen sprake is. Vooralsnog is het onduidelijk hoe de Hoge Raad, die het spoor van A-G Langemeijer op het punt van het ‘beleren’ in ieder geval volgde, hierover denkt.

### 7.3.2 *Breuk met het verleden*

Met het oordeel dat ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 niet duurzaam en ten eigen nutte hoeft te zijn, heeft de Hoge Raad afstand genomen van het ‘gebruikerscriterium’ van art. 1404 OBW. Deze wel als voorloper van art. 6:179 jo. 181 beschouwde bepaling legde de aansprakelijkheid voor dieren op de eigenaar of gebruiker. Volgens de Hoge Raad kwam de in art. 1404 OBW bedoelde aansprakelijkheid eerst dan op een ander dan de eigenaar te rusten:<sup>67</sup>

‘indien het dier *duurzaam* tot het gebruik *ten eigen nutte* door die ander strekt in dier voege dat deze, en niet de eigenaar, over dat gebruik en over de zorg voor het dier de zeggenschap heeft.’  
(curs. AK)

Hiermee hield de Hoge Raad een grote groep gebruikers buiten de aansprakelijkheid van art. 1404 OBW. Ook de huurder en bruiklener die een dier van een ander *kortstondig* gebruikten waren niet met een kwalitatieve aansprakelijkheid belast.<sup>68</sup> Onder het oude recht werd in algemene zin terughoudendheid betracht een ander als ‘gebruiker’ in de zin van art. 1404 OBW aan te merken. Dit paste bij het ‘uitzonderingskarakter’ dat de aansprakelijkheid van de gebruiker onder vigeur van art. 1404 OBW ten opzichte van die van de eigenaar had. Nu de Hoge Raad bij de toepassing van art. 6:181 heeft gebroken met het strikte ‘gebruikerscriterium’ van art. 1404 OBW, ligt een royale(re) toepassing van art. 6:181 in de rede. Dat past ook bij de constatering dat de ‘gebruikersaansprakelijkheid’ van art. 6:181 in relatie tot de aansprakelijkheid van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 ‘voorop’ staat en aldus juist geen ‘uitzonderingskarakter’ heeft.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*). Zie ook par. 3.3.2.

<sup>68</sup> Vgl. Lubach 2005, p. 51-52.

<sup>69</sup> Zie ook par. 4.6.4. Zie voorts par. 5.4, waaruit tevens een ruime uitleg van art. 6:181 volgt vanwege de plaatsbepaling ten opzichte van art. 6:170 en 171.

De breuk met het verleden in het *Loretta*-arrest zou overigens een opening kunnen bieden om, anders dan onder het oude recht, bepaalde 'bewaarders' van een zaak (wél) als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 aan te merken.<sup>70</sup> Zo gold onder het regime van art. 1404 OBW dat de bewaarder reeds geen 'gebruiker' was, omdat niet werd voldaan aan de vereisten van 'duurzaamheid' en 'ten eigen nutte'. Bewaarneming is naar zijn aard tijdelijk en werd ook niet geacht 'ten eigen nutte van' de bewaarnemer te strekken. Aangenomen werd dat het bewaren van een zaak in het belang van de bewaargever (veelal de eigenaar) geschiedde.<sup>71</sup> Voor een vervoerder en ook andere 'bewaarnemers' gold eenzelfde redenering. Zo werd bijvoorbeeld van een dierenarts of hoefsmid aangenomen dat deze zijn werkzaamheden steeds tijdelijk en in het belang van de eigenaar van het dier verrichtte. De vergoedingen die de 'bewaarnemer' ontving voor zijn eigen arbeid, kwalificeerden ten opzichte van het eigenlijke (hoofd) doel slechts als 'bijkomende voordelen'.<sup>72</sup> Naast dit alles gold dat de diverse bewaarnemers bij gebreke van een eigen 'gebruiksrecht' niet geacht werden zich te *bedienen van* de zaak. Ook dat stond in de weg aan de kwalificatie van 'gebruiker' in de zin van art. 1404 OBW.<sup>73</sup> Duidelijk is in ieder geval dat twee belangrijke elementen die in het oude recht in de weg stonden aan toepassing van de 'gebruikersaansprakelijkheid' van art. 1404 OBW op de diverse bewaarnemers (duurzaamheid en ten eigen nutte) volgens de Hoge Raad *niet* zijn vereist voor 'gebruik' in de zin van art. 6:181. De zodoende ruimere reikwijdte van art. 6:181 ten opzichte van art. 1404 OBW blijkt mijns inziens treffend uit het feit dat het tegen betaling 'beleren' uit het *Loretta*-arrest sterk doet denken aan het tegen betaling 'inscharen' in het *Ingeschaarde vaars*-arrest.<sup>74</sup> In beide gevallen gaat het niet om 'een exploitatie' van het dier, maar om een verbetering van het dier zelf (respectievelijk het zadelmak maken en een vermeerdering van de waarde), hetgeen niet de dienstverlener (respectievelijk de manege en de inschaarder) ten goede kwam maar de eigenaar van het dier. Ondanks de gelijkenissen tussen de beide activiteiten viel het inscharen niet onder 'gebruik' in de zin van art. 1404 OBW, maar leverde het beleren wel 'gebruik' als bedoeld in art. 6:181 op.

### 7.3.3 *De ontvangst van het Loretta-arrest*

In vrijwel alle wetenschappelijke beschouwingen over het *Loretta*-arrest valt te lezen dat de Hoge Raad een ruime uitleg van het gebruiksbegrip van art. 6:181 voorstaat.<sup>75</sup> Niettemin worstelen veel auteurs met de ware betekenis van 'gebruiken' in de zin van art. 6:181. Dat het niet alleen gaat om het 'het zich bedienen van' een zaak of het aanwenden als productiemiddel ('exploitatie')

<sup>70</sup> Zie nader met name par. 7.6.4.

<sup>71</sup> Zie voor het huidige recht inmiddels expliciet in deze zin HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/321 (*Searocco/Altena*), r.o. 3.3.2.

<sup>72</sup> Vgl. HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*).

<sup>73</sup> Vgl. voor een en ander Asser/Rutten 4-III 1983, p. 172-173; Van Dunné 2004, p. 483; Lubach 2005, p. 51-52.

<sup>74</sup> HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*). Inscharing wil zeggen dat men vee in een gemeenschappelijke weide of, in dit geval, in andermans weide doet grazen. Dit met het oog op een waardevermeerdering van het dier ten bate van de eigenaar. Zie ook par. 4.6.5.

<sup>75</sup> O.a. Bauw 2015, p. 80; Harryvan en Oldenhuis 2011/59; Van Doorn 2011/52; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 99.

wordt door eenieder onderkend.<sup>76</sup> Zo ook dat, nu het ‘beleren’ van een paard eveneens ‘gebruik’ oplevert, het gebruiksbegrip van art. 6:181 niet conform het normale spraakgebruik of de taalkundige betekenis wordt uitgelegd.<sup>77</sup> De term ‘gebruik’ wordt zelfs wel misleidend geacht.<sup>78</sup> Aangenomen wordt dat het ‘slechts’ gaat om een *juridisch-technische* term, die weliswaar een ruime uitleg toekomt maar bepaald niet vastomlijnd is.<sup>79</sup> Met de verschijning van het *Loretta*-arrest zijn de problemen betreffende het gebruiksbegrip dan ook nog niet opgelost. In de literatuur komen als ‘onzekere’ gevallen voorbij de ingehuurde chauffeur die de auto van de directeur van een multinational bestuurt,<sup>80</sup> de reparateur die een proefrit met een auto maakt,<sup>81</sup> de monteur die een hijskraan een onderhoudsbeurt geeft,<sup>82</sup> de behandelend dierenarts,<sup>83</sup> zaken die ten verkoop worden aangeboden in dierenwinkels,<sup>84</sup> alsook de bewaarder en vervoerder van zaken.<sup>85</sup> Voorts wordt de vraag gesteld wie ‘gebruiker’ van de zaak is ingeval *meerdere* bedrijven bij een bepaald gebruik zijn betrokken.<sup>86</sup> Geworsteld wordt ook met het aspect van profijt: of art. 6:181 in de *Loretta*-casus ook toepasselijk zou zijn geweest indien de belering niet tegen betaling maar *om niet* plaatsvond, wordt ‘niet absoluut zeker’ geacht.<sup>87</sup> Ook de betekenis van het aspect ‘duurzaamheid’ wordt niet helder geacht, aangezien de ‘soms wel zeer korte duur’ van bepaalde activiteiten de toepasselijkheid van art. 6:181 toch in de weg zou moeten staan, aldus sommige auteurs.<sup>88</sup> Onzeker is voorts het geval waarin schade ontstaat door zaken van een zelfstandige hulppersoon als bedoeld in art. 6:171: rust de kwalitatieve aansprakelijkheid voor deze zaken alleen op de hulppersoon zelf, moet worden aangenomen dat hij deze aan zijn opdrachtgever voor gebruik ter beschikking heeft gesteld in de zin van lid 2 van art. 6:181 (met als gevolg dat enkel de *opdrachtgever* aansprakelijk is), of hebben beiden als ‘gebruiker’ op grond van art. 6:181 lid 1 als (hoofdelijk) aansprakelijke te gelden?<sup>89</sup> Het beeld dat alle beschouwingen over art. 6:181 na het *Loretta*-arrest oproepen, is dat de uitleg

76 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

77 Van Doorn 2011/52; Hartlief 2011, p. 1313; Tjong Tjin Tai 2011, p. 2268.

78 *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest; Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 299.

79 Van Doorn 2011/52.

80 *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest; Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 300.

81 Hartlief 2011, p. 1313; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 97-102; *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest.

82 Conclusie Langemeijer voor het *Loretta*-arrest, sub 3.16; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 98; *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest.

83 *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest.

84 Bauw 2015, p. 80.

85 Zie voor tegengestelde opvattingen Spier e.a. 2015, p. 133; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/256; Van Doorn 2011/52 en A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het *Loretta*-arrest, sub 2.10 en 3.11 enerzijds en anderzijds Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 301-302; Keijzer en Oldenhuis, 2011, p. 100; Oldenhuis en Kolder 2012, p. 32; Kolder, *JA* 2014/59, waarin ik de vraag al opwierp ‘of het categorisch uitzonderen van (iedere vorm van) bewaren en vervoeren van art. 6:181 wel stand zal houden’.

86 Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 300-301.

87 Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 299.

88 *NJ*-noot Tjong Tjin Tai onder het *Loretta*-arrest, waarin wordt gewezen op de dierenarts die een dier kortstondig behandelt en op de voor een kort ritje ingehuurde chauffeur die de bedrijfsauto van de directeur bestuurt. Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 302 wijzen erop dat transport mogelijk te incidenteel van aard is.

89 Hartkamp (Asser/Hartkamp 4-III 1990/184) meende aanvankelijk dat toepassing aan art. 6:181 lid 2 gegeven moet worden, maar meent ‘bij nadere overweging’ (Asser/Hartkamp 4-III 2006/184, en in dezelfde zin nog altijd Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230) dat een hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:181 lid 1 intreedt.

van het gebruiksbegrip van deze bepaling nog allerminst uitgekristalliseerd is. De toepassing van art. 6:181 is, inmiddels meer dan 25 jaren na de invoering van deze aansprakelijkheid in 1992, nog altijd met onzekerheden omgeven, óók in veelvoorkomende c.q. 'alledaagse' gevallen. Het meest treffend is wellicht nog dat in meerdere commentaren op het *Loretta*-arrest is aangegeven, dat benadeelden er in de praktijk goed aan doen in geval van schade door een zaak of dier zekerheidshalve alle potentieel aansprakelijken maar in rechte te betrekken.<sup>90</sup> En dat is nu juist wat de wetgever met het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 heeft willen voorkomen.<sup>91</sup>

In de lagere rechtspraak dook het *Loretta*-arrest al direct na het wijzen daarvan op.<sup>92</sup> Inmiddels is het arrest veelvuldig aangehaald, voornamelijk in gevallen van schadeveroorzakende dieren (art. 6:179),<sup>93</sup> maar ook in geval van schade door roerende zaken (art. 6:173).<sup>94</sup> De meeste uitspraken bieden ten opzichte van het *Loretta*-arrest weinig nieuws, aangezien het hoofdzakelijk ging om gevallen waarin sprake was van het 'beleren' van paarden of het aanwenden van deze dieren voor het geven van lessen, terwijl het in geval van roerende zaken ging om het zich daarvan bedienen als 'productiemiddel'. De rechtspraak houdt tot nu toe vast aan het van 'gebruik' uitzonderen van het (enkele) voor een ander bewaren en vervoeren van zaken.<sup>95</sup> Wel is aangenomen dat het onder zich hebben van een zaak *met het oog op* het eigenlijke gebruik reeds 'gebruik' in de zin van art. 6:181 kan opleveren.<sup>96</sup> De logische pendant hiervan zal als gezegd zijn dat ook het (nog) onder zich hebben van een zaak *na afloop van* het eigenlijke gebruik evenzeer als 'gebruik' ex art. 6:181 kwalificeert. Feitenrechters worstelen met het gebruiksbegrip van art. 6:181 zodra zowel de bezitter als (vermeend) bedrijfsmatige gebruiker een zekere 'bemoeienis' met de zaak heeft

90 Bijv. Hartlief 2011, p. 1313.

91 Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230: 'Omdat niet steeds duidelijk is of sprake is van 'gebruik' in de zin van art. 6:181 BW, wordt een deel van de hiervoor genoemde redenen (duidelijkheid voor de benadeelde omtrent de aansprakelijke persoon, vermijden van dubbele verzekering) voor het verleggen van de aansprakelijkheid naar de bedrijfsmatige gebruiker in de praktijk ondergraven.'

92 Zie het zeer kort na het *Loretta*-arrest verschenen vonnis Rb. Arnhem 20 april 2011, *JA* 2011/116 (*Beleren paard*).

93 Vgl. inzake dieren Rb. Arnhem 20 april 2011, *JA* 2011/116 (*Beleren paard*); Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard en bezitter*); Hof Den Bosch 19 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1506 (*Trainen paard*); Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*); Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7349 (*Uitladen paard*); Rb. Den Haag 5 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5997 (*Paardrijles*); Rb. Gelderland 1 juni 2016, *NJF* 2016/368 (*Paard Aragorn*).

94 Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*); Rb. Utrecht 25 juli 2012, *NJF* 2012/412 (*ProRail/Schenker*); Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090 (*Stroomverdeelkast*). Zie ook par. 3.3.3.2.

95 Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard en bezitter*), r.o. 5.9; Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA* 2016/106 (*Paard Dika*), r.o. 3.8.2; Hof Leeuwarden 28 februari 2012, *JA* 2012/73 (*Uitladen paard*), r.o. 16; Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4170 (*Gestald paard*), waarin ondanks de stalling in een pension van een schadeveroorzakend paard, de 'achterliggende' bezitter als de ex art. 6:179 aansprakelijke had te gelden.

96 Zo werd in Hof Leeuwarden 28 februari 2012, *JA* 2012/73 (*Uitladen paard*) geoordeeld dat het paard door de manege niet 'enkel' werd bewaard of vervoerd, maar 'met het oog op' het maken van een reclamefilmpje met het dier. In dezelfde zin is Rb. Arnhem 20 april 2011, *JA* 2011/116 (*Beleren paard*), waarin het ging om het onder zich hebben van een paard met het oog op het 'beleren' daarvan. Zie ook Rb. Gelderland 1 juni 2016, *NJF* 2016/368 (*Paard Aragorn*), waarin werd geoordeeld dat het paard vanaf het moment van arriveren op het terrein van de manege met het oog op een training aldaar, onderdeel is gaan uitmaken van haar bedrijfsvoering.

(behouden). Een illustratie daarvan biedt Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, *JA* 2014/59, m.nt. Kolder (*Beleren paard én bezitter*), waarin de manege die andermans paard ‘beleerde’ niet als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ ex art. 6:181 werd aangemerkt. Door de rol die de bezitter in het geheel is blijven spelen – zij wilde leren hoe zij haar paard kon beleren –, achtte de rechtbank de ‘bemoeienis’ van de manege met het paard minder vergaand dan in de *Loretta*-zaak – waarin alléén het paard van de bezitter werd ‘beleerd’ – en werd aansprakelijkheid ex art. 6:181 niet op zijn plaats geacht. Ik meen echter (*JA* 2014/59) dat een andere uitkomst in de rede had gelegen, met name omdat ‘zeggenschap’ een voornaam aanknopingspunt voor de aansprakelijkheid ex art. 6:181 vormt<sup>97</sup> en de training van bezitter én paard (ook) in dit geval plaatsvond onder leiding en instructie van de manege. In ieder geval maakt ook deze uitspraak duidelijk dat met het *Loretta*-arrest nog niet alle problemen ter toepassing van het ‘gebruiksbe­grip’ van art. 6:181 de wereld uit zijn.

#### 7.4 Een algemene maatstaf voor het gebruiks­begrip ontbreekt

De nogal onbepaalde term ‘gebruik’ vervult een centrale rol binnen art. 6:181. Toch is gedurende de parlementaire totstandkoming maar weinig aandacht geschonken aan het gebruiks­begrip van deze bepaling, terwijl hetgeen terzake wel naar voren is gebracht weinig standvastige en/of voor meerdere uitleg vatbare uitlatingen betreft. Met het *Loretta*-arrest heeft de Hoge Raad wel wat meer duidelijkheid geschapen, maar uitgekristalliseerd is de uitleg van het gebruiks­begrip van art. 6:181 nog zeker niet. Tot aan de verschijning van het *Loretta*-arrest werd in de doctrine hoofdzakelijk volstaan met het verwijzen naar de beknopte en weinig verheldering biedende wets­geschiedenis, terwijl na het *Loretta*-arrest in de literatuur over gebruiks­begrip van art. 6:181 in feite meer vragen zijn opgeworpen dan dat antwoorden zijn gegeven. Wel is inmiddels duidelijk dat ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 meer omvat dan alleen het aanwenden van zaken als ‘productiemiddel’, en derhalve ruim wordt uitgelegd. Al met al lijkt voor ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 te gelden dat dit begrip:

- niet enkel ziet op het als ‘productiemiddel’ aanwenden van een zaak;
- ook gevallen omvat waarin de zaak zélf het object van dienstverlening is;
- (dus) ook ziet op het be- en verwerken van een zaak;
- uitdrukt dat het moet gaan om een *feitelijk handelen met een zaak*;
- (dus) niet eist dat het ‘gebruik’ ten eigen nutte is;
- evenmin eist dat het ‘gebruik’ duurzaam is;
- het stadium waarin het ‘gebruik’ zich bevindt niet relevant acht;
- (dus) ook omvat het *onder zich hebben* van een zaak *met het oog op* dan wel *na afloop van* het (eigenlijke) gebruik;
- in beginsel steeds een zeker verband met een ‘gebruik’ van de zaak eist, waaraan het enkele *onder zich hebben* van een zaak (bewaren/vervoeren) niet voldoet.

---

<sup>97</sup> Zie nader par. 7.5.

Onduidelijk is echter waar het ruime bereik van het gebruiksbegrip van art. 6:181 zijn grens vindt. Kenmerkend aan de wetsgeschiedenis en tot nog toe verschenen literatuur en rechtspraak is bovendien dat daarin telkens *concrete* activiteiten worden genoemd, om daaromtrent vervolgens aan te geven of deze wel of geen 'gebruik' in de zin van art. 6:181 opleveren. Op deze wijze zijn meerdere in de praktijk veel voorkomende activiteiten de revue gepasseerd. Een algemene, overkoepelende maatstaf aan de hand waarvan steeds in voorkomende gevallen kan worden getoetst of al dan niet is voldaan aan het gebruiksbegrip van art. 6:181 ontbreekt zodoende. Bovendien lopen de meningen over een duiding van de diverse voorkomende concrete activiteiten met de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken in relatie tot art. 6:181 uiteen. Verder valt op dat vooral wordt getracht de reikwijdte van het gebruiksbegrip van art. 6:181 op negatieve wijze af te bakenen: aangegeven wordt welke concrete activiteiten *geen* 'gebruik' opleveren of welke eisen daarvoor in ieder geval *niet* gesteld mogen worden.<sup>98</sup> In het navolgende wordt onderzocht of, *positief* geformuleerd, een praktisch hanteerbare *algemene* maatstaf valt te geven aan de hand waarvan telkens kan worden beoordeeld of iemand al dan niet een 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 is.

## 7.5 Het gebruiksbegrip ingevuld aan de hand van zeggenschap

### 7.5.1 Bescherming tegen 'verhoogd gevaar' als grondgedachte

Art. 6:181 legt de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174, 179 bedoelde zaken bij degene die een bedrijf uitoefent, en is gekoppeld aan het 'gebruik' van deze zaken.<sup>99</sup> Eerder in dit boek heb ik de diverse argumenten voor 'kwalitatieve aansprakelijkheid' al de revue laten passeren.<sup>100</sup> Voor wat betreft de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken (art. 6:173, 174, 179 en 181) schuilt de kern in de gevaartheorie. In het eerste ontwerp-NBW werd de algemene aansprakelijkheid voor zaken ook al gelegd op de 'gebruiker' daarvan.<sup>101</sup> Deze aansprakelijkheid zag blijkens de toelichting op 'gevaarlijke' zaken. Dat bij de invulling van het gebruiksbegrip de gevaartheorie ('Wanneer begint het gevaar groter te worden?') een centrale rol innam, verbaast dan ook niet.<sup>102</sup> Het fundament in die richting was al gelegd met de vraagpuntenprocedure ('Vraagpunt 15') die vooraf ging aan het destijds nieuw te ontwerpen BW. Hieruit bleek dat een 'bijzondere' aansprakelijkheid voor ook *andere* 'gevaarlijke voorwerpen' dan een motorrijtuig in beweging wenselijk werd geacht.<sup>103</sup>

98 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 747, waar is aangegeven dat het *bewaren of vervoeren* van zaken in beginsel geen 'gebruik' oplevert, terwijl de Hoge Raad (*Loretta*-arrest, r.o. 3.3) heeft overwogen dat voor de toepassing van art. 6:181 *niet* de eis mag worden gesteld dat het dier 'duurzaam en ten eigen nutte' wordt gebruikt.

99 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

100 Par. 2.4.

101 Art. 6.3.15 O.M., zie Parl. gesch. Boek 6, p. 742. Later werd de aansprakelijkheid tot roerende zaken beperkt en gelegd op de bezitter (art. 6:173) of bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181).

102 Parl. gesch. Boek 6, p. 741. Zie ook reeds par. 7.1.

103 Parl. gesch. Boek 6, p. 733-734. Zie ook par. 2.3.

Wel gaf de vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht uit de Tweede Kamer ten tijde van de vraagpuntenprocedure aan dat de term ‘gevaarlijke voorwerpen’ nadere verklaring verdient en aan de hand van een ‘meer aanvaardbare term’ zou moeten worden omschreven, want:<sup>104</sup>

‘Er zijn immers voorwerpen, die ook *zonder gebruik* door de rechthebbende reeds gevaarlijk zijn (springstoffen, vuurwapenen, sommige dieren) en andere gelijk vervoermiddelen, *eerst wanneer zij worden gebruikt*. Bij de laatste dient de bijzondere aansprakelijkheid eerst aangenomen te worden, wanneer zij *in beweging* zijn; men vergelijk artikel 31, lid 1 (waarmede op een weg wordt gereden), en artikel 31, lid 6 (in beweging), der Wegenverkeerswet.’ (curs. AK)

De wetgever bleek hier gevoelig voor: er werd niet gekozen voor een algemene aansprakelijkheid voor als ‘gevaarlijk’ te omschrijven zaken of gekoppeld aan gevaarlijke activiteiten (die al of niet met behulp van zaken worden verricht), maar voor een aansprakelijkheid voor een aantal specifiek omschreven zaken die om uiteenlopende redenen een ‘bijzonder’<sup>105</sup> of ‘verhoogd’<sup>106</sup> gevaar opleveren. Te weten zaken die gevaarlijk zijn omdat zij ‘gebrekig’ zijn of om andere redenen verhoogd gevaar opleveren.<sup>107</sup> Met de eerste categorie wordt bedoeld op de in art. 6:173 en 174 opgenomen roerende zaken en opstallen. In de laatste categorie vallen de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen, de in art. 6:179 genoemde dieren en ook de in art. 185 WVV bedoelde motorrijtuigen.<sup>108</sup> Motorrijtuigen zijn volgens de toelichting ‘gevaarlijk’ zodra zij in beweging zijn,<sup>109</sup> ook wel het *Betriebsgefahr* – de combinatie van massa en snelheid – genoemd.<sup>110</sup> Bij gevaarlijke stoffen schuilt het gevaar niet in een gebrek van de stof, maar in eigenschappen die de stof naar haar aard juist behoort te hebben<sup>111</sup> wil zij aan de daaraan te stellen eisen voldoen.<sup>112</sup> Voor dieren schuilt het gevaar in de eigenschappen die deze als levend wezen nu eenmaal hebben, namelijk de eigen energie en het onberekenbare element dat daarin ligt opgesloten.<sup>113</sup> Nadat de art. 6:173, 174 en 179 in 1992 al tot wet waren verheven, werd in 1995 art. 6:175 nog toegevoegd aan afd. 6.3.2 BW. Bij die gelegenheid werd nog eens gewezen op de achtergrond van al deze aansprakelijkheden:<sup>114</sup>

‘Deze *grondgedachte* komt erop neer dat de billijkheid vergt dat degene die bezitter, bedrijfsmatige gebruiker of bijv. vervoerder is van *een objekt dat een bron van verhoogd gevaar oplevert*, in het geval dat dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk behoort te zijn jegens hen die daarvan het slachtoffer worden.’ (curs. AK)

104 Parl. gesch. Boek 6, p. 734.

105 Parl. Gesch. Boek 6, p. 743-747.

106 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3 en 12.

107 Parl. gesch. Boek 6, p. 744-745.

108 Zie ook par. 6.6.4.3.

109 Parl. gesch. Boek 6, p. 734-735.

110 Art. 6.3.14 O.M. met een bijzondere aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen werd overigens bij de MvA geschrapt, omdat de materie geacht werd op het terrein van Boek 8 te liggen. Parl. gesch. Boek 6, p. 782.

111 De tekst van lid 1 van art. 6:175 spreekt van het ontplofbaar, oxyderend, ontvlambaar of giftig zijn.

112 Parl. gesch. Boek 6, p. 745; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1388; *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 7.

113 HR 24 februari 1984, *NJ* 1984/415, m.nt. Van der Grinten (*Bardoel/Swinkels*); Parl. gesch. Boek 6, p. 763. Recenter is Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4170 (*Gestald paard*), r.o. 3.5.

114 *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3. In dezelfde zin is *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.



Voorts werd in de toelichting op de Aanvullingswet 1995 bevestigd dat het gaat om aansprakelijkheden voor 'objecten' die om verschillende redenen een 'verhoogd gevaar' opleveren: de in art. 6:173 en 174 bedoelde zaken zijn gevaarlijk wanneer zij *gebrekkig* zijn, terwijl de in art. 6:175 en 179 bedoelde stoffen en dieren naar hun *eigen aard* gevaarlijk zijn.<sup>115</sup>

### 7.5.2 Zeggenschap als dominante factor voor art. 6:181

Bescherming tegen 'verhoogd gevaar' is de grondgedachte achter de aansprakelijkheden van art. 6:173, 174, 175 en 179. Van dit 'waarom' van deze aansprakelijkheden is de 'wie-vraag' te onderscheiden: *wie* is belast met deze 'bijzondere' aansprakelijkheden?<sup>116</sup> De parlementaire geschiedenis bevat meerdere argumenten die zijn aangevoerd ter rechtvaardiging van de *aansprakelijke persoon*.<sup>117</sup> Zo werd gewezen op het profijtbeginsel, het benadeelden willen bieden van een gemakkelijk opspoorbare aansprakelijke partij, de eenheidsgedachte, argumenten van verzekering en schadespreiding, praktische overwegingen als de rechtszekerheid, overzichtelijkheid en 'duidelijkheid', alsmede de zorg voor de zaak en beïnvloeding van de daaraan verbonden risico's (waaronder begrepen zowel het 'opwekken' van het gevaar als het doen aan preventie). De wetsgeschiedenis vermeldt dat de keuze op *wie* een kwalitatieve aansprakelijkheid precies is gelegd, de uitkomst is van een gedachtegang 'die een reeks elkaar versterkende aspecten samen beoogt te brengen'.<sup>118</sup> Zo is op grond van art. 6:181 de bedrijfsmatige gebruiker als kwalitatief aansprakelijke aangewezen, omdat deze persoon volgens de totstandkomingsgeschiedenis het profijt heeft van zijn activiteiten met de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, voor benadeelden gemakkelijk opspoorbaar is, naar buiten toe als eenheid optreedt, goed in staat is de kosten in verband met een kwalitatieve aansprakelijkheid – al dan niet door verzekering – te spreiden, alsmede een verwezenlijking van de aan de zaken verbonden gevaren in de hand werkt en aan preventie kan doen.<sup>119</sup> Een nadere beschouwing hiervan leert dat de waarde van veel van deze in de totstandkomingsgeschiedenis aangevoerde aspecten sterk voor relativisering vatbaar is, en dat het aspect 'zeggenschap' (invloed op de risico's) uiteindelijk de dominante factor is. Een bevinding die wordt gesteund door de voor art. 6:181 bepaalde denkrichting aan de hand van de plaatsbepaling ten opzichte van art. 6:170 en 171: nu art. 6:170 als inspiratiebron voor de uitleg van art. 6:181 heeft te gelden, vervult 'zeggenschap' (ook) een centrale rol bij de toepassing van deze aansprakelijkheid voor hulpzaken.<sup>120</sup> Bezien we de verschillende voornoemde aspecten afzonderlijk nader, dan blijkt het volgende.

115 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 12.

116 Vgl. in deze zin ook Klaassen 1991, p. 124.

117 Zie de diverse aspecten samengevat in *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6-8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3.

118 *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 3.

119 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746 en Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

120 Zie par. 5.4.

De wetsgeschiedenis vermeldt zelf reeds dat ‘bedrijfsmatige’ activiteiten in de zin van art. 6:181 *in beginsel* op profijt gericht zijn,<sup>121</sup> en een winstoogmerk of het behalen van voordeel niet beslissend is.<sup>122</sup> Uit het *Loretta*-arrest volgt inmiddels ook dat voor de toepassing van art. 6:181 niet de eis mag worden gesteld dat de zaak ‘ten eigen nutte’ wordt gebruikt.<sup>123</sup> Dat het profijtbeginsel op het terrein van art. 6:181 niet beslissend is, sluit aan bij de constatering dat art. 6:170 als inspiratiebron heeft te gelden:<sup>124</sup> op grond van deze bepaling kunnen ook non-profitorganisaties en de (niet op winst gerichte) overheid aansprakelijk zijn.<sup>125</sup> Hierbij komt dat het profijtbeginsel in verband met art. 6:181 (en ook art. 6:170/171) in feite een uitvloeisel van de gedachte van de gevaartheorie is: wanneer iemand *om hem moverende redenen* overgaat tot een uitbreiding van activiteiten door gebruik te maken van hulpzaken (of hulppersonen) – en daarmee eenzijdig voor derden verhoogde gevaren in het leven roept –, dient dit gepaard te gaan met een overeenkomstige uitbreiding van de risico’s waarvoor hij heeft op te komen.<sup>126</sup>

Voor wat betreft de gemakkelijke opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon en de eenheidsgedachte geldt dat in menig geval de aansprakelijkheid *niet* ligt daar waar de risico’s samenkomen of de schade valt. Zo heeft de wetgever het voor een ander bewaren en vervoeren van zaken in beginsel van art. 6:181 willen uitzonderen. Ondanks dat de schadeveroorzakende zaak zich binnen het bedrijf van de bewaarder of vervoerder bevindt en deze voor de benadeelde ook ‘het meest nabij’ zal zijn (eenheid, opspoorbaarheid), vindt de benadeelde de aansprakelijkheid daar niet maar dient deze zich toch te verdiepen in achterliggende/interne verhoudingen (lees: wie bezitter van de zaak is). Vergelijkbaar is het effect van de tenzij-clausule in het slot van lid 1 van art. 6:181 betreffende opstallen: in geval van bedrijfsmatig gebruik van een opstal zal in veel gevallen de kwalitatieve aansprakelijkheid niet op de (‘toevallige’) bedrijfsmatige gebruiker rusten maar moet de benadeelde eveneens op zoek naar de ‘achterliggende’ bezitter. Wordt een roerende zaak bedrijfsmatig gebruikt en ontstaat schade door een productiegebrek als bedoeld in afd. 6.3.3 BW, dan vindt de benadeelde met de producent als aansprakelijke de aansprakelijkheid evenmin ‘het meest dichtbij’ – binnen het bedrijf – hetgeen evenzeer op gespannen voet staat met de eenheids- en opspoorbaarheids-gedachte achter art. 6:181.<sup>127</sup> Tot slot volgt uit het *Loretta*-arrest dat art. 6:181 weliswaar op de gedachte berust de opspoorbaarheid voor benadeelden te vergemakkelijken, maar dat dit niet meebrengt dat de bepaling toepassing mist ingeval de betrokken verhoudingen voor de benadeelde wél duidelijk zijn.

---

121 Zo ook de Hoge Raad in het *Loretta*-arrest, r.o. 3.3.

122 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003.

123 *Loretta*-arrest, r.o. 3.3, laatste zin. Art. 6:181 kan aldus ook zien op activiteiten ‘om niet’.

124 Zie par. 5.4.

125 Zie par. 6.6.2. Vgl. ook Oldenhuis 2014, p. 48 die over art. 6:170 aangeeft dat het profijtbeginsel niet beslissend is, maar dat de meer algemene grond van art. 6:170 neerkomt op de vergroting van de kans op schade door de inschakeling van een ander.

126 Parl. gesch. Boek 6, p. 269, p. 746 en 747. Zie ook Sieburgh 2000, p. 181-187.

127 Bewerkstelligd door lid 2 van art. 6:173 jo. 6:185 lid 1 aanhef en sub b. In de wetsgeschiedenis is ook erkend dat ‘uit een oogpunt van achterhaalbaarheid van de aansprakelijke persoon’ bezwaren bestaan tegen de ‘klevende’ aansprakelijkheid van de producent. *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

Voor het aspect van verzekering geldt ten eerste dat dit, ook volgens de wetsgeschiedenis zelf, geen zelfstandig argument kan zijn voor het aanvaarden van een aansprakelijkheid.<sup>128</sup> Verder valt op te merken dat de diverse kanaliseringconstructies binnen afd. 6.3.2 BW, waaronder art. 6:181, op voorhand helemaal niet duidelijk maken wie voor een bepaald risico kwalitatief aansprakelijk is en er goed aan doet zich te verzekeren. In plaats van doorzichtiger, maken bedoelde constructies het beeld van aansprakelijkheid eerder troebeler.<sup>129</sup> En vanwege de daarmee gepaard gaande onzekerheden verzekeren meerdere potentieel aansprakelijken zich juist wel tegen hetzelfde risico.<sup>130</sup> Het met art. 6:181 willen voorkomen van dubbele verzekeringslasten<sup>131</sup> overtuigt evenmin wanneer wordt bedacht dat deze bepaling geen exclusieve werking in haar uiterste vorm kent. Degene die binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 niet (meer) met een kwalitatieve aansprakelijkheid is belast, kan heel wel nog op *andere* grondslag zoals art. 6:162 aansprakelijk zijn – en dus behoefte hebben aan een verzekering – in verband met schade toegebracht door de door deze artikelen bestreken zaken.<sup>132</sup> Ook zijn in dit verband regresnemers te noemen die zich vanwege art. 6:197 überhaupt niet kunnen beroepen op art. 6:173 en 174. De buitencontractuele aansprakelijkheden van art. 6:162 alsook art. 6:173, 174, 179 en 181 zijn in de praktijk doorgaans onder dezelfde WA-polis (AVP/AVB) gedekt. Degene op wie door de exclusieve werking van art. 6:181 geen aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 en 179 (meer) rust, zal nog altijd verzekerd willen zijn voor bijvoorbeeld aansprakelijkheid ex art. 6:162. Daarmee blijft (automatisch) ook dekking voor de aansprakelijkheden van art. 6:173, 174 en 179 in stand. Voorts zijn de aansprakelijkheden van art. 6:170, 171 en 181 in de praktijk in de regel onder dezelfde AVB-polis gedekt. Is een bedrijf niet (meer) aansprakelijk voor een zaak – deze is bijvoorbeeld ter beschikking gesteld aan een ander als bedoeld in art. 6:181 lid 2 –, dan laat dit haar aansprakelijkheid voor personen onverlet. Met het willen houden van verzekeringsdekking voor de aansprakelijkheden van art. 6:170 en 171 blijft dan ook (automatisch) de verzekering van de aansprakelijkheid ex art. 6:181 in stand. De regeling van art. 6:181 bewerkstelligt in de praktijk dus niet dat nog maar één verzekering wordt afgesloten voor de risico's waarop art. 6:181 betrekking heeft. Hier komt bij dat het maar de vraag is of het wel zo bezwaarlijk is dat verschillende personen zich tegen hetzelfde risico verzekeren. De wetgever lijkt uit het oog te hebben verloren dat dat leidt tot een grotere spreiding van de schadelast en daarmee tot een daling van de verzekeringskosten in plaats van de door de wetgever gevreesde stijging.<sup>133</sup>

128 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7. Zo ook Verheij 2015, p. 8.

129 Zie par. 3.7.

130 Tjittes 1995, p. 280; Jansen 2007, p. 181-181; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

131 Parl. gesch. Boek 6, p. 746; Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 24 en 38.

132 Het gaat om *andere* kwalitatieve aansprakelijkheden dan die in art. 6:173, 174 lid 1 en 2, eerste zin, en 179, onrechtmatige daad of contractuele aansprakelijkheid, terwijl ook een regresactie mogelijk is door degene die jegens de benadeelde wél ex art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 aansprakelijk is. Zie ook par. 3.6.

133 Vanden Borre 2001, p. 175-182.

Verder legt de wetgever de kwalitatieve aansprakelijkheid niet altijd op de beste ‘schadespreider’. Hoewel volgens de wetsgeschiedenis zelf een ‘bedrijf’ beter dan een (particuliere) bezitter in staat wordt geacht de schade te spreiden,<sup>134</sup> wil hij toch de bedrijven van de bewaarder en vervoerder van art. 6:181 uitzonderen – met als gevolg dat de (particuliere) bezitter de aansprakelijke is.<sup>135</sup> In geval van bedrijfsmatig gebruik van een opstal geldt eenzelfde, aangezien door de tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181 de aansprakelijkheid veelal op de ‘achterliggende’ (particuliere) bezitter rust. De relatieve waarde van het schade-spreidingsargument blijkt ook uit de exclusieve aansprakelijkheid van de ‘eindgebruiker’ in lid 2 (en ook lid 3) van art. 6:181. Waar in de verhouding tussen de (particuliere) bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 en de in art. 6:181 lid 1 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker nog gezegd kan worden dat alleen laatstgenoemde aansprakelijk behoort te zijn vanwege de betere mogelijkheden tot schadespreiding, geldt dat niet voor de verhouding tussen twee bedrijven. Zou het spreidingsargument leidend zijn, dan zou in door art. 6:181 lid 2 (en lid 3) bestreken gevallen cumulatieve aansprakelijkheid van de verschillende betrokken bedrijven logischer zijn geweest.

Tot slot is het maar de vraag of praktische aspecten als het creëren van ‘duidelijkheid’, overzichtelijkheid en het bieden van rechtszekerheid wel werkelijke beweegredenen van de wetgever zijn geweest om de diverse kanaliseringconstructies in afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW op te nemen.<sup>136</sup> De constructies zijn als gezegd ingewikkeld en zijn soms moeilijk te doorgronden, waardoor juist niet wordt bijgedragen aan doorzichtigheid van het systeem. Voor veel betrokkenen is het (op voorhand) juist onzeker wie voor een bepaalde schade aansprakelijk zal zijn. De praktijk van alledag is dat de verschillende potentieel aansprakelijken voor de zekerheid hetzelfde aansprakelijkheidsrisico verzekeren, terwijl benadeelden voor de zekerheid steeds maar alle potentieel aansprakelijken in rechte betrekken. Het enige dat op voorhand dan *duidelijk* is, is dat de vordering tegen een of meer aangesproken partijen zal worden afgewezen met voor de benadeelde een proceskostenveroordeling en voor alle betrokkenen (andere) onnodige transactiekosten tot gevolg.

Uit het in de parlementaire geschiedenis vermelde samenstel van aspecten ter rechtvaardiging van de binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW aansprakelijke persoon, blijft mijns inziens één aspect werkelijk overeind: *zorg voor de zaak* en beïnvloeding van de daaraan verbonden risico’s. Uit dit aspect vloeien in feite de overige genoemde aspecten voort of gaan daarachter als ondersteunend schuil. Zo zal voor degene die een ‘zorgrelatie’ met de zaak heeft gelden dat deze invloed op de aan deze zaak verbonden risico’s kan uitoefenen, voor de benadeelde gemakkelijk is op te sporen, het profijt van de zaak heeft en het ook voor hem voor de hand ligt desgewenst een verzekering af te sluiten. Het aspect van een zorgplicht doet wellicht denken aan de ‘foutaansprakelijkheid’ uit afd. 6.3.1 BW. Daarom is het denk ik

---

134 Namelijk door de kosten van de aansprakelijkheid of premies van de verzekering in de kostprijs van de producten of diensten te verdisconteren en zodoende ‘uit te smeren’ over haar afnemers. *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 7.

135 Ik besef dat de bezitter ook een ‘bedrijf’ kan zijn.

136 Vgl. ook Jansen 2007, p. 180.

goed op te merken dat zorg(vuldigheid) hier niet fungeert om *het gedrag* van de op kwalitatieve grondslag aangesprokene te karakteriseren, maar om te bepalen *op wie* de kwalitatieve aansprakelijkheid behoort te rusten.<sup>137</sup> Dat het erop aankomt wie – bezitter, bedrijfsmatige gebruiker, producent, etcetera – in de beste positie verkeert invloed op de risico's uit te oefenen en schade aan personen of zaken te voorkomen, sluit ook aan bij de grondgedachte achter de in afd. 6.3.2 en afd. 6.3.3 BW geregelde aansprakelijkheid voor zaken. Het doel van bescherming tegen 'bronnen van verhoogd gevaar' wordt immers pas werkelijk bereikt wanneer de aansprakelijkheid wordt gelegd op iemand die ook in de gelegenheid is voorzorgsmaatregelen te treffen en het aanrichten van schade te voorkomen. Door degene met 'zeggenschap' met de kwalitatieve aansprakelijk te belasten wordt gestimuleerd dat de persoon die ook echt in staat is aan preventie te doen, zich inspant om de verwezenlijking van het risico waarvoor de aansprakelijkheid bestaat zoveel mogelijk te voorkomen. Het risicokarakter schuilt daarin dat ook aansprakelijkheid kan bestaan wanneer ondanks het inacht nemen van voorzorgsmaatregelen die in het gegeven geval voldoende leken toch schade ontstaat<sup>138</sup> en ook wanneer niet meer is te achterhalen in welk opzicht getroffen maatregelen eventueel hebben gefaald.<sup>139</sup> Bovendien geldt de gedachte dat de kwalitatief aansprakelijke zonodig eerst (veiligheids)maatregelen treft gelet op de aan de zaak verbonden gevaren, terwijl voorts van hem kan worden verwacht voor de risico's die hij aldus niet (verder) kan beperken een verzekering afsluit.<sup>140</sup> Een eenmaal als kwalitatief aansprakelijk aangewezen (bezitter, bedrijfsmatige gebruiker, etcetera) kan in beginsel dan ook *niet* het verweer voeren niet in staat te zijn geweest de vereiste zorg uit te oefenen of daarin niet tekort geschoten te zijn,<sup>141</sup> echter mogelijk wél dat ten tijde van de schadeveroorzaking niet hij maar *een ander* 'toezichthouder' was en daarmee dé kwalitatief aansprakelijke.

De wetsgeschiedenis geeft er overigens ook zelf blijk van dat 'zeggenschap' richtinggevend is als het aankomt op het aanwijzen van degene die kwalitatief aansprakelijk is. Over de aansprakelijkheden voor zaken, stoffen en dieren uit afd. 6.3.2 BW wordt namelijk opgemerkt:<sup>142</sup>

'Aan al deze aansprakelijkheden ligt dezelfde gedachte ten grondslag, nl. dat het hier gaat om *bronnen van verhoogd gevaar* en dat, zo dit gevaar zich verwezenlijkt, de slachtoffers hun bescherming dienen te vinden in een aansprakelijkheid van degene die voor het uit deze bron voortvloeiende gevaar *verantwoordelijk* moet worden geacht.' (curs. AK)

137 Vgl. ook Sterk 1994, p. 75-76 in zijn bespreking van de Franse aansprakelijkheden voor zaken.

138 Denk hier aan de aansprakelijkheid voor dieren en gevaarlijke stoffen ex art. 6:179 en 175, maar ook aan die voor *verborgen* gebreken ex art. 6:173 en 174. Bij *bekendheid* met de toestand van de zaak c.q. het daaraan verbonden gevaar, komt de beoordeling van de gebrekkigheid immers neer op de vraag of met betrekking tot de zaak een zorgplicht ex art. 6:162 is geschonden. Wanneer maatregelen in dat licht voldoende worden geacht, is indien desondanks schade ontstaat aansprakelijkheid ex art. 6:173 en 174 in beginsel niet aan de orde. Vgl. HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017/73, m.nt. Spier (*Stroomkabels*).

139 Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8.

140 Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 99.

141 Denk aan de aansprakelijkheid ex art. 6:179, waarvoor irrelevant is of, en zo ja, in welke mate zorg met betrekking tot het dier is betracht. Vgl. Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4170 (*Gestald paard*), r.o. 3.5. Voor art. 6:173 en 174 ligt een en ander vanwege de invulling van het gebreksvereiste aan de hand van de *Wilnis*-doctrine genuanceerder.

142 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

Kwalitatief aansprakelijk is degene die ‘verantwoordelijk’ kan worden geacht voor – kort gezegd – het ontstaan van de schade. Verantwoordelijkheid berust op haar beurt op zorg en zeggenschap.<sup>143</sup> Zo heeft Tjong Tjin Tai over degene die op grond van afd. 6.3.2 BW aansprakelijk is voor een schadeveroorzakende zaak wel aangegeven dat:<sup>144</sup>

‘de *verantwoordelijke* degene is die zich bij uitstek in de positie bevindt om daadwerkelijk *zorg* te verlenen voor het object: hij heeft er *zeggenschap* over, hij bevindt zich juridisch gesproken *nabij* het object. Om die reden rust op hem de plicht om anderen te beschermen tegen dit object: hij moet daarmee bijdragen aan een veiliger maatschappij. Anderen zijn van die *zorg* afhankelijk: zij zijn kwetsbaar voor dat object, zonder dat zij zich daartegen kunnen beschermen.’ (curs. AK)

De zorg voor de zaak berust volgens Tjong Tjin Tai op een (veronderstelde) *betrokkenheid* bij die zaak.<sup>145</sup> En ‘zorgdaden’ houden in dit verband volgens hem in het verrichten van redelijke daden gericht op het minimaliseren van risico’s.<sup>146</sup> Ook Schut wees er al op dat de aansprakelijkheid voor dieren (toen nog art. 1404 OBW) berust op degene die voor het dier ‘verantwoordelijk’ is, hetgeen degene betreft die *de zorg* voor het dier heeft.<sup>147</sup> In lijn hiermee heeft Schoonbrood-Wessels in haar beschouwing van art. 6:181 over de aansprakelijkheid voor zaken binnen afd. 6.3.2 BW aangegeven dat de rechtsgrond daarvan bestaat in ‘een veronderstelde zorgplicht voor deze zaken en stoffen.’<sup>148</sup> Degene die ‘het meest nabij is’, die de (feitelijke of economische) *controle* over de aan de zaak verbonden risico’s heeft, zal het beste in staat zijn deze risico’s te minimaliseren en schade bij derden te voorkomen.<sup>149</sup> Onder ‘invloed op de risico’s’ kan in dit verband niet alleen worden begrepen het voorkomen van verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar, maar ook het juist in de hand werken of ‘opwekken’ daarvan.<sup>150</sup> Dat het ter toepassing van art. 6:181 inderdaad kort gezegd aankomt op ‘invloed op de risico’s’, volgt naar mijn idee in feite ook uit de toelichting op de positie van de bewaarder van andermans zaken in relatie tot art. 6:181. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt diens kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van art. 6:181 niet billijk geacht, omdat daarvoor de band tussen de bewaarder en in bewaring gegeven zaken ‘niet sprekend genoeg’ zou zijn.<sup>151</sup> Met

143 Tjong Tjin Tai 2006, p. 146; Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 99. De term ‘verantwoordelijkheid’ doet overigens denken aan de visie van Schut 1963, p. 40 e.v. die verdedigde dat de ‘rechtelijke verantwoordelijkheid’ heeft te gelden als gemeenschappelijke grondslag van alle vormen van wettelijke aansprakelijkheid. De kritiek hierop luidde dat deze visie direct de vervolgvraag doet rijzen wanneer en waarom iemand voor een bepaalde gedraging of in een bepaalde situatie dan ‘verantwoordelijk’ is. Schuts theorie lost het probleem dan ook niet op, maar verschuift deze slechts, aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/29. Tjong Tjin Tai 2006, p. 146 meent zodoende dat de visie van Schut op zichzelf wel juist is, maar voegt daaraan toe dat de door hem bedoelde ‘verantwoordelijkheid’ berust op zorg en zeggenschap.

144 Tjong Tjin Tai 2006, p. 158.

145 Tjong Tjin Tai 2006, p. 70, 223, 297.

146 Tjong Tjin Tai 2006, p. 82, 97, 156.

147 Schut 1963, p. 201. In deze zin ook HR 14 februari 1919, *W* 10412 (*APC/Gemeente Groningen*).

148 Schoonbrood-Wessels 1991, p. 793 en 796. Zij verwijst hierbij naar de zojuist door mij geciteerde passage uit de toelichting op de Aanvullingswet 1995, *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

149 Zo ook Tjong Tjin Tai in zijn *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest.

150 *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 3 en 16; *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

151 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

andere woorden, omdat de bewaarder onvoldoende in staat wordt geacht de aan in bewaring gegeven zaken verbonden risico's te beïnvloeden, wordt het ook niet juist geacht hem met een kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade door de verwezenlijking daarvan te belasten.<sup>152</sup>

Kortom, degene die op grond van afd. 6.3.2 BW 'verantwoordelijk' wordt gesteld voor schade veroorzaakt door een zaak betreft de persoon die, gebaseerd op nabijheid en betrokkenheid, wordt geacht de zorg voor en zeggenschap over (de risico's verbonden aan) die zaak te hebben. Zijn aansprakelijkheid wordt 'billijk' geacht, omdat hij wordt geacht in de beste positie te verkeren ervoor zorg te dragen dat de zaak zo min mogelijk gevaar oplevert voor anderen, die van deze zorg afhankelijk zijn.<sup>153</sup> Achter dit aspect van zorg en zeggenschap gaan andere in de wetsgeschiedenis genoemde (praktische en economische) aspecten als 'duidelijkheid' en het voorkomen van onnodige verzekeringslasten als ondersteunend schuil.<sup>154</sup> Dat komt ook logisch voor, aangezien deze aspecten anders dan zorg en zeggenschap ook niet direct betrekking hebben op de grondgedachte van 'bescherming tegen bronnen van verhoogd gevaar'. Dat de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken behoren te rusten op degene die het beste in staat is invloed op de daaraan verbonden risico's uit te oefenen, komt bovendien overeen met rechtseconomische inzichten op dit punt.<sup>155</sup> Dat binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 *zeggenschap* het richtinggevende aspect is ter aanwijzing van de aansprakelijke persoon, sluit ook aan bij de aansprakelijkheden voor zaken in de ons omringende landen, waarin deze worden gelegd bij personen als de 'garden', 'keeper', houder, beheerder dan wel degene die 'gevaarlijke activiteiten' verricht.<sup>156</sup> Aldus grijpen de bevindingen tot nu toe in dit hoofdstuk en die uit hoofdstuk 5 (plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171) stevig in elkaar: zeggenschap is de dominante factor bij de toepassing van art. 6:181.

152 Uit par. 7.6 zal blijken dat ik deze gedachte an sich juist acht, maar de uitwerking door de wetgever daarvan voor de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde verschillende gevaarsobjecten niet.

153 Een voorbeeld buiten het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht betreft in dit verband de regeling van art. 7:658, waarover Tjong Tjin Tai 2006, p. 135: 'De *verantwoordelijkheid* voor de werkomgeving rust immers bij de werkgever vanwege de *zeggenschap* die hij daarover heeft. Op die basis is het begrijpelijk dat hij de passende *voorzorgsmaatregelen* neemt.' (curs. AK)

154 Vgl. in deze zin reeds Parl. gesch. Boek 6, p. 678, over de 'risicoaansprakelijkheid' van de ouder/voogd voor jonge kinderen op grond van art. 6:169 lid 1: 'Daarbij staat (...) voorop dat bij deze groep kinderen enerzijds *gezag en toezicht* van de wettelijke vertegenwoordiger geacht kunnen worden op het gedrag van het kind in het algemeen van rechtstreekse invloed te zijn en anderzijds juist een redelijk *toezicht* meebrengt dat het kind een zekere vrijheid moet worden gelaten, zodat risico's worden genomen moeten worden, waarvan derden in beginsel niet het slachtoffer mogen worden. *Aan deze algemene overwegingen knopen zich verschillende verdere argumenten vast.*' (curs. AK). Duidelijk wordt niet alleen gemaakt dat ook deze kwalitatieve aansprakelijkheid op een vorm van zorg (voor het kind) berust, maar tevens dat achter dit dominante aspect 'verdere argumenten' schuilgaan. Parl. gesch. Boek 6, p. 679, wijst daartoe op het voor benadeelden voorkomen van het zich moeten verdiepen in de verhouding tussen ouder en kind ('opspoorbaarheid') en verzekeringsaspecten.

155 Vgl. Visscher en De Mot 2014, p. 137-148, die in het kader van een rechtseconomische analyse van de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken in afd. 6.3.2 BW aangeven dat deze gelegd behoren te worden op degene die het beste in staat is de schadeveroorzaking te vermijden.

156 Zie nader de rechtsvergelijkende paragraaf 5.4.3.3.

7.5.3 *Zeggenschap leidend bij andere kanaliseringconstructies dan art. 6:181*

De stelling dat ‘zeggenschap’ richtinggevend is voor de toepassing van art. 6:181, vindt nadere adstructie in een analyse van de diverse *andere* kanaliseringconstructies binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW dan art. 6:181. De essentie van deze constructies blijkt namelijk steeds hetzelfde te zijn: beoogd wordt de aansprakelijkheid te leggen bij degene die wordt geacht het beste in staat te zijn invloed uit te oefenen op de aan de verschillende ‘gevaarsobjecten’ verbonden risico’s. Zo wordt op grond van art. 6:174 lid 2, tweede zin, de aansprakelijkheid voor openbare wegen, waterstaatswerken, leidingen en kabels gekanaliseerd naar de beheerder van deze zaken.<sup>157</sup> Het wordt namelijk ‘redelijker’ geacht niet de (toevallige) eigenaar van de grond als eigenaar/bezitter van deze objecten – door natrekking – met de kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten, maar degene die ervoor moet zorgdragen dat zij in goede staat verkeren en die ook bevoegd is (voorzorgs)maatregelen te treffen.<sup>158</sup> De kanaliseringconstructie betreffende ondergrondse werken van art. 6:174 lid 3 past in eenzelfde gedachtegang.<sup>159</sup> Degene die een ondergronds werk exploiteert, draagt volgens de toelichting ‘een grotere mate van verantwoordelijkheid’ voor het ontstaan van door dit werk aangerichte schade dan de (toevallige) eigenaar/bezitter van de bovengrond.<sup>160</sup> De exploitant van een ondergronds werk wordt geacht de daaraan verbonden risico’s met zijn activiteiten ‘op te wekken’.<sup>161</sup> Achter zeggenschap als dominante factor gaan andere aspecten als ondersteunend schuil, zoals het (praktische) aspect van het ten behoeve van benadeelden vergemakkelijken van de opspoorbaarheid van de aansprakelijke persoon. De toelichting geeft aan dat moet worden voorkomen dat voordat een aanspraak geldend gemaakt kan worden, de benadeelde te rade moet gaan bij de regels van natrekking ten opzichte van de onder- of bovengrond.<sup>162</sup> Leidend is dit aspect echter niet, aangezien in geval van schade gedurende bedrijfsmatig gebruik van een ondergronds werk (art. 6:174 lid 3) door een gebrek dat niet (voldoende) samenhangt met de bedrijfsvoering, de aansprakelijkheid op de bezitter ex art. 6:174 lid 1 rust.<sup>163</sup> Alsdan is de exploitant namelijk niet ‘verantwoordelijk’ te achten voor het ontstaan van de schade en dient de benadeelde zich toch in de regels van natrekking te verdiepen.<sup>164</sup> Eenzelfde geldt ingeval een in art. 6:174

<sup>157</sup> Zie ook reeds par. 3.5.1.

<sup>158</sup> Zo ook de beheerder van spoorweginfrastructuur (art. 8:1661 lid 2). Meest modern in dit verband is de wetgeving over de aansprakelijkheid van de beheerder van een waterstaatswerk, zie *Kamerstukken II* 34 436, 2015/16, 3, p. 13 en 62; *Kamerstukken I* 34 436, 2016/17, B, p. 1-2. Illustratief is ook Parl. gesch. Boek 6, p. 759-760 over leidingen: kwalitatief aansprakelijk is degene die met onderhoud is belast en *zorg* heeft te dragen voor reparatie en vervanging van de leiding. Lid 3 van art. 6:175 betreffende gevaarlijke stoffen in een leiding, dat op de aansprakelijkheid van de leidingbeheerder in art. 6:174 lid 2 is afgestemd, berust op dezelfde gedachte. *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 44.

<sup>159</sup> Zie ook reeds par. 3.5.1.

<sup>160</sup> *Kamerstukken II* 1998-1999, 26219, 3, p. 103-104.

<sup>161</sup> Zo ook de bedrijfmatige gebruiker van spoorvoertuigen (art. 8:1661 lid 1).

<sup>162</sup> Zie voor openbare wegen Parl. gesch. Boek 6, p. 756-757 en 761; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1393. Zie voor leidingen Parl. gesch. Boek 6, p. 759-760 en voor kabels *Kamerstukken II* 2005/06, 30475, 3, p. 42. Zie voor waterstaatswerken *Kamerstukken II* 2015/16, 34436, 3, p. 13 en 62.

<sup>163</sup> Vgl. de tenzij clausule in het slot van lid 1 van art. 6:181 voor (bovengrondse) opstallen. In deze zin ook Hekster 2003, p. 351-354. Zie ook par. 7.6.5.2.

<sup>164</sup> Eenzelfde geldt voor bovengrondse opstallen: hangt het be- of ontstaan van het gebrek niet samen met de bedrijfsvoering, dan dient de benadeelde zich toch te verdiepen in interne/achterliggende verhoudingen. Zie par. 7.6.5.1 e.v.



lid 2 bedoelde leiding een functionele eenheid vormt met een gebouw of werk; alsdan ligt de aansprakelijk voor de leiding niet bij de leidingbeheerder maar bij de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van de opstal (art. 6:174 lid 1 en 181).<sup>165</sup> De invloedssfeer van de leidingbeheerder strekt zich namelijk niet uit tot leidingen die met een gebouw een functionele eenheid vormen: in geval van schade door dergelijke leidingen wordt de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker geacht daarop de meeste invloed te hebben gehad.<sup>166</sup>

De kanaliseringsconstructies die de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179 als kwalitatief aansprakelijke 'inwisselen' voor bepaalde 'bijzondere' personen, berusten evenzeer op aspecten van zorg en zeggenschap.<sup>167</sup> Is geen sprake van bedrijfsmatig gebruik in de zin van art. 6:181, dan wordt het in bepaalde gevallen toch niet 'billijk' geacht de bezitter van de zaak met de aansprakelijkheid te belasten, omdat een ander – de 'bijzondere' persoon – geacht wordt daarmee een meer 'sprekende band' te hebben en uit dien hoofde – in vergelijking met de eigenaar/bezitter – in de beste positie te verkeren invloed op de aan de zaak verbonden risico's uit te oefenen. Geeft de eigenaar een opstal in erfpacht uit, dan is het de erfpachter (art. 6:174 lid 2, eerste zin) en niet langer de eigenaar die de meest 'sprekende band' met de opstal heeft. Wordt een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak onder eigendomsvoorbehoud geleverd, dan heeft vanaf de overdracht de verkrijger en niet langer de eigenaar/vervreemder de 'meest sprekende band' met deze zaak. In plaats van het jonge kind is voor de in art. 6:173 en 179 bedoelde zaken diens ouder/voogd aansprakelijk, aangezien deze op een behoorlijke zorg voor de zaak door het kind heeft toe te zien dan wel zelf de benodigde zorg moet uitoefenen.<sup>168</sup> De in art. 6:174 bedoelde opstallen zijn hier buiten gehouden om in geval van daardoor veroorzaakte schade verhaal op het gebouw of werk niet te frustreren.<sup>169</sup> Tot slot breidt lid 1 van art. 6:180 de aansprakelijkheid voor de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken uit naar medebezitters, aangezien iedere medebezitter wordt geacht in dezelfde (zorg)relatie tot de schadeveroorzakende zaak te staan. Dat met een dergelijke hoofdelijke aansprakelijkheid tevens wordt voorkomen dat de benadeelde onderzoek moet doen naar het aantal medebezitters en ieders aandeel in de zaak,<sup>170</sup> betreft een (praktisch) aspect dat als ondersteunend achter de dominante factor van zorg en zeggenschap schuil gaat.

165 Lid 2 van art. 6:174 spreekt van: 'behalve voor zover de kabel of leiding zich bevindt in een gebouw of werk en strekt tot toevoer of afvoer ten behoeve van dat gebouw of werk.' Lid 3 van art. 6:175 is hierop afgestemd en kent eenzelfde zinsnede.

166 Parl. gesch. Boek 6, p. 759-760.

167 Zie ook reeds par. 3.5.2.

168 Klaassen 1991, p. 92-93 onderschrijft de keuze van de wetgever voor een aansprakelijkheid van de ouders in plaats van het jonge kind, maar de motivering die naar het aspect zorg verwijst niet. Daarmee wordt volgens haar ten onrechte gesuggereerd dat de aansprakelijkheid is gebaseerd op een door hen geschonden zorgplicht. Ik deel deze kritiek niet, omdat het genoemde aspect van zorg ziet op het aanwijzen van de aansprakelijke persoon, niet op het karakteriseren van diens gedrag. Zo berust blijkens Parl. gesch. Boek 6, p. 678 de 'risicoaansprakelijkheid' van art. 6:169 lid 1 ook op zorg voor het kind: de ouder/voogd is de kwalitatief aansprakelijke, omdat deze wordt geacht het beste in staat te zijn invloed uit te oefenen op aan een jong ('onberekbaar') kind verbonden risico's.

169 Parl. gesch. Boek 6, p. 768; Klaassen, p. 91-93.

170 Parl. gesch. Boek 6, p. 752, 756 en 766.

De kanalisering van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken naar de producent (afd. 6.3.3. BW) berust eveneens op aspecten van zorg en zeggenschap. De aansprakelijkheid wordt namelijk alleen naar de producent gedirigeerd in geval van schade door productiegebreken, niet in geval van schade wegens gebreken die zijn ontstaan nadat het product in het verkeer is gebracht (art. 6:173 lid 2 jo. 6:185 lid 1 sub b). Deze ‘klevende’ aansprakelijkheid van de producent – hij blijft dé aansprakelijke voor een zaak met een productiegebrek ongeacht de verdere lotgevallen daarvan<sup>171</sup> staat op gespannen voet met de gedachte van de gemakkelijke achterhaalbaarheid van de aansprakelijke persoon.<sup>172</sup> Toch is voor dit systeem gekozen, omdat de producent beslissende invloed heeft op tijdens het productieproces ontstane gebreken, terwijl voor het nadien ontstaan van gebreken de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 en 181 – door het gebruik dat deze van de zaak maakt – wordt geacht ‘de grootste mate van verantwoordelijkheid’ te dragen.<sup>173</sup>

Aspecten van zorg en zeggenschap zijn ook richtinggevend bij het aanwijzen van de aansprakelijke persoon voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175). De aansprakelijkheid wordt namelijk telkens gelegd op degene ‘in wiens handen’ de stof zich bevindt op het moment van de schadeveroorzaking (beroeps- of bedrijfmatige gebruiker, bewaarder, vervoerder of andere ‘ondernemer’ die de stof onder zich houdt).<sup>174</sup> Daarmee ligt de aansprakelijkheid steeds bij degene die op een ‘verantwoorde behandeling’ van de stof, de zaak of het vervoermiddel waarin deze zich bevindt ‘rechtstreeks invloed’ heeft, aldus de toelichting.<sup>175</sup> De aansprakelijkheid rust steeds op degene die de meest ‘spreekende band’ met de stof heeft.<sup>176</sup> Ook hier rust de aansprakelijk dus steeds op degene die, gebaseerd op nabijheid of betrokkenheid, wordt geacht in de beste positie te verkeren invloed op de risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen. Hierachter gaan als ondersteunend schuil de wel in de wetsgeschiedenis genoemde (praktische en economische) aspecten van achterhaalbaarheid van de aansprakelijke persoon en verzekering.<sup>177</sup> Zo is gedurende de parlementaire totstandkoming de ‘verlegging’ van aansprakelijkheid van de gebruiker (art. 6:175 lid 1) naar de bewaarder (art. 6:175 lid 2) wel verdedigd met de stelling dat gebreken in opslagtanks waarin de gevaarlijke stoffen

171 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9.

172 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

173 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/213. Zie ook art. 6:189, dat een hoofdelijke aansprakelijk met zich brengt indien meerdere personen tegelijkertijd als ‘producent’ (art. 6:187 lid 2-4) hebben te gelden. De producent van een grondstof en fabrikant van een onderdeel gaan echter vrijuit indien zij kunnen aantonen dat hun onderdeel niet gebrekkig was. Alsdan draagt toch enkel de ‘hoofdproducent’ de kwalitatieve aansprakelijkheid (art. 6:185 lid 1 sub f) omdat ook alleen hij als ‘(eind)verantwoordelijk’ voor de schade heeft te gelden. Zie in deze zin ook Jansen 2007, p. 173.

174 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9, 24; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

175 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 10, 24; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

176 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43. Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 747 over de onvoldoende spreekende band die een bewaarder van zaken en dieren volgens de toelichting met deze gevaarsobjecten heeft om een kwalitatieve aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Of de bewaarder van zaken en dieren in verhouding tot de bezitter werkelijk niet in een betere positie verkeert invloed op de daaraan verbonden risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen, komt in par. 7.6 aan de orde.

177 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9-10, 24-25; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

worden bewaard ingevolge art. 6:174 jo. 181 ook voor rekening van de bewaarder zullen komen. Dit is echter maar zeer de vraag, omdat gezien de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen regelmatig *niet* op de bewaarder als 'toevallige' gebruiker maar op de bezitter zal rusten.<sup>178</sup>

Dat een (praktisch) aspect als opspoorbaarheid het onderspit delft ten opzichte van de dominante factor van 'verantwoordelijkheid'/zeggenschap, blijkt treffend uit de kanaliseringsregel van lid 4 van art. 6:175. Wanneer iemand gevaarlijke stoffen in verpakte toestand in water of bodem dumpst, kan de milieuschade zich pas lange tijd nadat deze persoon zich van de stoffen heeft ontdaan verwezenlijken (bijv. een bezwijkende verpakking). Ondanks dat voorzienbaar is dat de persoon die de stoffen heeft achtergelaten – deze zal naar alle waarschijnlijkheid in ieder geval zelf trachten onvindbaar te blijven – moeilijk te achterhalen zal zijn, doet lid 4 van art. 6:175 de aansprakelijkheid toch op deze persoon rusten. De toelichting geeft er blijk van te beseffen dat het opsporen van de aansprakelijke persoon nogal problematisch kan zijn,<sup>179</sup> maar toch is ervoor gekozen 'de echte boosdoener'<sup>180</sup> – en bijvoorbeeld niet de (toevallige) grondeigenaar – aansprakelijk te achten.<sup>181</sup>

Kenmerk van de kanaliseringsconstructie in lid 5 van de art. 6:175-177 is evenzeer dat de aansprakelijkheid wordt geleid naar de persoon die als 'eind- of hoofdverantwoordelijke' voor het ontstaan van de schade heeft te gelden. Met de regeling wordt beoogd samenloop van deze 'milieuaansprakelijkheden' zoveel mogelijk te voorkomen, zowel onderling als in relatie tot art. 6:173 en 174.<sup>182</sup> Lid 5 van de art. 6:175-177 kanaliseert de aansprakelijkheid steeds naar kort gezegd de 'oerlaedens'. Wanneer een gevaarlijke stof schade veroorzaakt, zal het niet zelden zo zijn dat deze schade mede een gevolg is van een gebrek in een roerende zaak of opstal, dan wel dat dit mogelijk is, maar niet precies kan worden vastgesteld.<sup>183</sup> De aansprakelijkheid uit art. 6:173 en 174 'behoort' volgens de toelichting dan te rusten op degene die ex art. 6:175 aansprakelijk is voor de gevaarlijke stof, omdat ondanks een mogelijk gebrek in een roerende zaak of opstal het de stof is (háár schadelijke eigenschappen) die de schade uiteindelijk heeft aanricht. Is een roerende zaak of gevaarlijke stof gestort op een legale stortplaats

178 Dat bij de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op voet van art. 6:175 zeggenschap het voornaamste aanknopingspunt ter aanwijzing van de aansprakelijke vormt, lijkt van directe betekenis voor art. 6:181. Lid 3 van art. 6:181 is immers een uitwerking van art. 6:175 voor gevallen waarin sprake is van terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen. Nu art. 6:181 lid 3 nadrukkelijk is geïnspireerd op lid 2 van art. 6:181 terwijl deze laatste bepaling weer een uitwerking van lid 1 van art. 6:181 is, lijkt het ook hierom in de rede te liggen dat binnen het gehele art. 6:181 zeggenschap de richtingwijzer is bij het aanwijzen van de aansprakelijke persoon.

179 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21.

180 Ontleend aan Bauw, p. 50.

181 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 45. Spier en Sterk 1995, p. 55. Art. 6:174 lid 3 en art. 6:177 lid 4, die aanknopingen bij het moment van het bekend worden van de schade, maken het wel mogelijk dat een exploitant aansprakelijk is voor schade die niet hij, maar een van zijn voorgangers heeft veroorzaakt. *Kamerstukken II*, 1998/99, 26219, 3, p. 103.

182 De benadeelde kan kiezen of hij zijn vordering baseert op art. 6:173/174 dan wel art. 6:175-177, zolang deze maar wordt gericht tot de persoon die ingevolge art. 6:175-177 aansprakelijk is.

183 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 46.

(art. 6:176 lid 5), dan rust de kwalitatieve aansprakelijkheid exclusief op de exploitant van de stortplaats.<sup>184</sup> Het is immers laatstgenoemde die vanaf het moment van de storting in de beste positie verkeert invloed op de aan de zaak of stof verbonden risico's uit te oefenen.<sup>185</sup> Ontstaat door bodembeweging een schadeveroorzakend gebrek in een roerende zaak of opstal dan wel komt daardoor een gevaarlijke stof vrij, dan rusten de aansprakelijkheden van art. 6:173, 174 en 175 exclusief op de exploitant van het mijnbouwwerk (art. 6:177 lid 5).<sup>186</sup> Ook zodoende rust de aansprakelijk op degene die wordt geacht 'de grootste mate van verantwoordelijkheid' voor de aangerichte schade te dragen.

#### 7.5.4 Zeggenschap en de art. 6:173, 174 en 179

Het aspect 'zeggenschap' is niet alleen het leidmotief binnen de diverse kanaliseringconstructies van afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW, maar speelt ook een rol binnen de door art. 6:181 genoemde art. 6:173, 174 en 179 zélf. Voor art. 6:173 en 174 geldt dat zeggenschap niet alleen betekenis heeft ter aanwijzing van de *aansprakelijke persoon*, maar ook ter rechtvaardiging van diens *aansprakelijkheid*. Voor wat betreft dit laatste doel ik op de zogenoemde *Wilnis*-doctrine, op grond waarvan het bij de toepassing van het gebreksvereiste aankomt op gedrags- en zorgvuldigheidsnormen.<sup>187</sup> Hiermee is de aansprakelijkheid uit art. 6:173 en 174 dogmatisch weliswaar gekoppeld aan een (gebrekkige) toestand van de zaak, maar de facto wordt beslissend geacht of de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker daarvan een zorgplicht met betrekking tot de zaak heeft geschonden.<sup>188</sup> Dit is in lijn met de wetsgeschiedenis van het gebreksbegrip in art. 6:173 en 174, waaruit volgt dat een 'gebrekkige' toestand neerkomt op:

'een dusdanige toestand dat men – de bezitter, of een ander – *een onrechtmatige daad pleegt* jegens degene wiens persoon of goed gevaar loopt, indien men, hoewel bekend met deze toestand, deze onveranderd laat.'<sup>189</sup> (curs. AK)

De vraag naar de gebrekkigheid valt dus samen met de vraag of het, uitgaande van bekendheid met het gebrek, onrechtmatig zou zijn de bestaande situatie voort te laten bestaan.<sup>190</sup> Ook kan voor wat betreft de rol van zorg en zeggenschap worden gewezen op de tenzij-clausules van art. 6:173 en 174. Deze leggen ter beoordeling van de aansprakelijkheid een rechtstreekse koppeling met afd. 6.3.1 BW: in de door de tenzij-clausules gefingeerde situatie wordt de gewone maatstaf van zorg

184 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 50-51.

185 Het gaat om de in art. 6:176 bedoelde exploitant ten opzichte van de in art. 6:173 bedoelde bezitter van de zaak en de in art. 6:175 lid 1-2 bedoelde gebruiker of bewaarder van de gevaarlijke stof.

186 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 54.

187 HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), bevestigd in HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*). In dezelfde zin voor art. 6:173 is Hof Amsterdam 5 juli 2011, *JA* 2012/3 (*Vliegwiel*).

188 Binnen de *Wilnis*-doctrine lijkt geen zelfstandige ruimte voor de tenzij-formule over te blijven. De toets die de tenzij-formule aanlegt is namelijk dezelfde als (reeds) bij de beoordeling van de gebrekkigheid ex art. 6:173/174: of de bezitter bij – zonodig veronderstelde – (feitelijke) bekendheid met het gebrek/gevaar 'foutief' jegens de benadeelde heeft gehandeld ex art. 6:162.

189 Parl. gesch. Boek 6, p. 755. Zie voorts Parl. gesch. Boek 6, p. 756.

190 Oldenhuis en Kolder 2012, p. 24. Vgl. ook HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017/73, m.nt. Spier (*Stroomkabels*); HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:208 (*Opbreking wegdek*).

(art. 6:162) aangelegd. De *aansprakelijkheid* op grond van art. 6:173 en 174 is derhalve nadrukkelijk geïnspireerd op (de schending van) een zorgplicht. Hieraan is in feite inherent dat zorg en zeggenschap óók relevant zijn bij ter aanwijzing van de *aansprakelijke persoon*. Immers, alleen degene die een zekere zorgrelatie met een in art. 6:173 en 174 bedoelde zaak heeft, kan met recht een tekortschieten in een zorgplicht met betrekking tot die zaak worden verweten. De rol van een zorgplicht was ook al waarneembaar bij de voorlopers van art. 6:173 en 174 in het OBW. Zo was voor de algemene aansprakelijkheid voor zaken 'welke men onder zijn opzigt heeft' uit art. 1403 lid 1 OBW steeds vereist dat de benadeelde aantoonde, dat de *toezichthouder* zich 'foutief' had gedragen. Hiermee kwam deze aansprakelijkheid naast de reguliere 'schuldaansprakelijkheid' uit art. 1401 OBW zelfs geen zelfstandige betekenis toe. De in art. 1405 OBW geregelde aansprakelijkheid voor gebouwen had wel te gelden als een (echte) kwalitatieve aansprakelijkheid: de eigenaar werd aangewezen als aansprakelijke en deze kon zich niet disculperen door aan te tonen dat 'de instorting' hem niet viel te verwijten. Niettemin zinspeelde de wettekst wel nadrukkelijk op zijn 'schuld', door de aansprakelijkheid te koppelen aan een instorting 'door verzuim van onderhoud' of gebrek in de bouw of inrichting.<sup>191</sup>

Hoewel niet gekoppeld aan een 'gebrek', draagt de in art. 6:179 geregelde aansprakelijkheid voor dieren eveneens duidelijke sporen van het aspect *zorg*. Zo kent art. 6:179 evenals art. 6:173 en 174 een tenzij-clausule, die teruggrijpt op afd. 6.3.1 BW.<sup>192</sup> Voorts is van belang dat art. 1404 OBW, de aansprakelijkheid die als directe voorloper van de art. 6:179 en 181 wordt gezien, aanvankelijk op een vermoeden van schuld berustte, in de zin van een tekortschieten in de zorg en het toezicht met betrekking tot het dier. Ook nadat de Hoge Raad was omgegaan<sup>193</sup> en aannam dat de eigenaar of gebruiker van het dier zich niet langer aan aansprakelijkheid kon onttrekken door te bewijzen dat hij niet was tekortgeschoten in de zorg en waakzaamheid met betrekking tot het dier, bleef het aspect van zorg en zeggenschap binnen art. 1404 OBW een voorname rol spelen. Zij het niet meer om het gedrag van de aangesprokene te karakteriseren maar bij het aanwijzen van de aansprakelijke persoon. Zo werd een ander dan de eigenaar in hoedanigheid van 'gebruiker' kwalitatief aansprakelijk geacht zodra:<sup>194</sup>

'het dier duurzaam tot het gebruik ten eigen nutte door die ander strekt *in dier voege dat deze*, en niet de eigenaar, over dat gebruik en over *de zorg* voor het dier *de zeggenschap* heeft.' (curs. AK)

De Hoge Raad noemt weliswaar ook de aspecten duurzaamheid en profijt, maar uit deze formulering valt af te leiden dat het zijns inziens uiteindelijk aankomt op wie de (beslissende) 'zeggenschap' over het dier heeft. Aspecten als duurzaamheid

<sup>191</sup> Zie over art. 1403 lid 1 en 1405 OBW reeds par. 2.2.

<sup>192</sup> Overigens geldt met art. 6:178 ook een op art. 6:162 geïnspireerde tenzij-clausule voor art. 6:175-177.

<sup>193</sup> HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/353, m.nt. GJS (*Stierkalf*).

<sup>194</sup> HR 29 november 1985, *NJ* 1987/291, m.nt. CJHB (*Van Amsterdam/Van den Hurk*).

en profijt gaan daarachter dan als ondersteunend schuil. Ondanks de veranderde grondslag van art. 1404 OBW ('van schuld naar risico') bleef de aansprakelijkheid dus rusten op degene die een zekere zorgrelatie met het dier had. Ook hierin valt te herkennen dat de kwalitatieve aansprakelijkheid steeds wordt gelegd op degene die het beste in staat wordt geacht invloed op de risico's uit te oefenen en schade te voorkomen. Vermeldenswaard in dit verband is tot slot dat de cassatiemiddelen in het *Loretta*-arrest probeerden de 'gebruikersmaatstaf' uit art. 1404 OBW te projecteren op art. 6:181. De Hoge Raad oordeelde echter dat de aspecten profijt ('ten eigen nutte') en duurzaamheid *niet* vereist zijn om als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 te kwalificeren. Daarmee resteert – vanuit art. 1404 OBW bezien – het aspect van zorg/zeggenschap.

#### 7.5.5 Zeggenschap en de art. 6:170 en 171

Bezien we tot slot nog de 'tegenhangers' van art. 6:181, de aansprakelijkheden voor hulppersonen uit art. 6:170 en 171,<sup>195</sup> dan blijkt dat de achtergrond daarvan eveneens is gelegen in aspecten van zorg. Zo berustte de voorloper van art. 6:170, art. 1404 lid 3 OBW, op een schuldvermoeden, zij het dat dit een *onweerlegbaar* vermoeden betrof. Bracht een ondergeschikte schade toe, dan werd vermoed dat diens opdrachtgever een verkeerde ondergeschikte had aangesteld (*culpa in eligendo*) of onvoldoende toezicht op de ondergeschikte had gehouden (*culpa in custodiendo*). Het bewijs van zijn onschuld mocht de opdrachtgever echter niet leveren.<sup>196</sup> Zeggenschap speelt binnen art. 6:170 voorts een rol bij de eis van ondergeschiktheid en de beoordeling van het functioneel verband.<sup>197</sup> Voor art. 6:171 geldt dat deze aansprakelijkheid oorspronkelijk berustte op een weerlegbaar vermoeden van schuld.<sup>198</sup> De opdrachtgever kon aan aansprakelijkheid voor door een zelfstandige hulppersoon veroorzaakte schade ontkomen, door aan te tonen dat bij de keuze van de hulppersoon en het houden van toezicht voldoende zorgvuldigheid was betracht.<sup>199</sup> Uiteindelijk werd de aansprakelijkheid op grond van art. 6:171 gelijkgeschakeld met die uit art. 6:170, door deze net als art. 6:170 vorm te geven als een 'echte' kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>200</sup> Niettemin kent zowel art. 6:170 als art. 6:171 als achtergrond een zekere zorgrelatie met de hulppersoon waarvoor de kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat. Vermeldenswaard is tevens dat het met betrekking tot het functioneel verband-vereiste van art. 6:170 niet noodzakelijk is dat de opdrachtgever dienaangaande 'een verwijt' treft, maar dat indien daarvan wél sprake is een dergelijk verwijt van belang is voor de beoordeling van de aansprakelijkheid.<sup>201</sup> Met andere woorden, zodra de opdrachtgever van een ondergeschikte invloed heeft op het ontstaan van de schade, brengt

---

195 Zie reeds uitvoerig over deze aansprakelijkheden hoofdstuk 5.

196 Hoekzema 2000, p. 43.

197 Hierover reeds par. 5.3.1.

198 Art. 6.3.10 O.M.

199 Lubach 2005, p. 125. Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 722, 725, 726.

200 Art. 6.3.2.2 en 6.3.2.3 G.O. Zie Parl. gesch. Boek 6, p. 726 en 728.

201 HR 9 november 2007, *JA* 2008/25 (*Groot Kievitsdal*).

dat zijn kwalitatieve aansprakelijkheid dichterbij.<sup>202</sup> Eenzelfde spoor lijkt gevolgd te kunnen worden bij de aansprakelijkheid van art. 6:171 voor zelfstandige hulppersonen. Zo zal de vereiste 'eenheid' tussen het bedrijf van de opdrachtgever en diens opdrachtnemer eerder aangenomen kunnen worden naarmate eerstgenoemde – bijvoorbeeld door *controle of toezicht* – meer invloed heeft op (het voorkomen van) de schadeveroorzakende gebeurtenis c.q. de werkzaamheden van de hulppersoon.<sup>203</sup>

#### 7.5.6 *Tussenconclusie*

De diverse huidige kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen en zaken zijn niet enkel historisch maar ook dogmatisch afgeleid van een *zorgplicht* voor de persoon of zaak waarvoor men moet 'instaan'.<sup>204</sup> Binnen afd. 6.3.2 en 6.3.3 BW blijkt het aspect van zorg en zeggenschap soms een rol te spelen om de *aansprakelijkheid* te rechtvaardigen,<sup>205</sup> maar vooral om als rechtvaardiging te dienen voor het aanwijzen van de *aansprakelijke persoon*. Kwalitatief aansprakelijk voor schade aangericht door zaken is steeds degene die geacht wordt in de beste positie te verkeren de aan die zaken verbonden risico's te beïnvloeden. Bedoelde invloed omvat zowel het 'opwekken' of in de hand werken van gevaren als het met het oog daarop kunnen/moeten treffen van maatregelen om verwezenlijking daarvan te voorkomen. Ter bepaling van de kwalitatief aansprakelijke gaat het steeds om het aanwijzen van degene die de grootste mate van 'verantwoordelijkheid' draagt, degene die 'hoofd- of eindverantwoordelijk' is te achten, voor de schade die door de betreffende zaak is aangericht. Een 'verantwoordelijkheid' gebaseerd op zeggenschap, die berust op gerelateerdheid, nabijheid oftewel op de 'sprekende band' die een persoon met de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde gevaarsobjecten heeft. Het fundament van een dergelijke redenering voor de kanaliseringconstructie van art. 6:181 werd al gelegd met de plaatsbepaling in hoofdstuk 5: art. 6:170 heeft voor de juridisch-inhoudelijke toepassing van art. 6:181 als inspiratiebron te gelden, waaruit de prominente rol voor 'zeggenschap' binnen art. 6:181 reeds naar voren kwam.

---

202 Zo valt van het arrest *Groot Kievitsdal* te zeggen dat de werkgever, mede door het verwijt dat hem trof, zeggenschap had over c.q. rechtstreekse invloed had op het schadeveroorzakende gedrag van de werknemer (s).

203 Van Doorn en Gulijk 2013, par. 3.1.

204 In deze zin ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 157.

205 Bijv. art. 6:169 lid 2 (kinderen van 14 en 15 jaar); de uitleg van het gebreksvereiste van art. 6:173 en 174 aan de hand van de *Wilnis*-doctrine; de tenzij-formules van art. 6:173, 174, 179 en ook 178.

## 7.6 De invulling van het gebruiksbegrip verschilt per kwalitatieve aansprakelijkheid

### 7.6.1 De kern van het gebruiksbegrip

In het navolgende wordt de concrete *hantering* van het aspect ‘zeggenschap’ ter aanwijzing van de in het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 aansprakelijke persoon uitgewerkt. Hierbij kan voorop gesteld worden dat de vraag of iemand ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 is, mede *relatief* van aard is. Het komt er niet op aan te beoordelen of de aangesprokene veel of weinig ‘zeggenschap’ als zodanig heeft over de aan de zaak verbonden risico’s, maar of van diegene *ten opzichte van* andere potentieel aansprakelijken (bezitter, een ander bedrijf, producent, etcetera) kan worden gezegd in de beste positie te verkeren daarop invloed uit te oefenen. Telkens is aansprakelijk degene die ten opzichte van de ander(en) wordt geacht ‘een grotere mate van verantwoordelijkheid’ te dragen voor het ontstaan van de situatie die aanleiding heeft gegeven tot het ontstaan van de schade.<sup>206</sup> Beslissend is derhalve zeggenschap, in de zin van invloed kunnen uitoefenen, *in grotere mate dan anderen dat kunnen*, op de aan de in art. 6:173, 174, 179 bedoelde ‘gevaarsobjecten’ verbonden risico’s. Oftewel, kwalitatief aansprakelijk is degene die in vergelijking met anderen ‘het meest nabij’ (de oorzaak van) het gevaar is en aldus in de beste positie verkeert terzake zorg uit te oefenen, waarvan ‘derden’ afhankelijk zijn. Om zodoende steeds ‘de meest relevante laedens’ te kunnen aanwijzen,<sup>207</sup> is het van belang voor ogen te hebben dat de verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken niet beogen te beschermen tegen dezelfde risico’s, maar dat om uiteenlopende redenen sprake is van ‘bijzonder’ gevaar. Zo zijn roerende zaken en opstallen (pas) gevaarlijk wanneer zij ‘gebrekig’ zijn, terwijl dieren en gevaarlijke stoffen naar hun aard gevaarlijk zijn.<sup>208</sup> Bezien we ter illustratie ook nog de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 185 WVV, dan geldt daarvoor dat een motorrijtuig (pas) als gevaarlijk wordt beschouwd wanneer dit in beweging is.<sup>209</sup> De toelichting op de Aanvullingswet 1995 vermeldt omtrent de grondgedachte achter de aansprakelijkheden voor zaken, stoffen en dieren uit afd. 6.3.2 BW in mijn ogen dan ook niet voor niets (MvA):<sup>210</sup>

‘Aan al deze aansprakelijkheden ligt dezelfde gedachte ten grondslag, nl. dat het hier gaat om bronnen van *verhoogd gevaar* en dat, *zo dit gevaar* zich verwezenlijkt, de slachtoffers hun bescherming dienen te vinden in een aansprakelijkheid van degene die voor *het uit deze bron voortvloeiende gevaar* verantwoordelijk moet worden geacht.’<sup>211</sup> (curs. AK)

206 *Kamerstukken II* 1998/99, 26219, 3, p. 103-104. Dit laat overigens onverlet dat de bedoelde ‘verantwoordelijkheid’ een gedeelde kan zijn, met een hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:181 tot gevolg.

207 Term ontleend aan Jansen 2007, p. 181.

208 Hieraan kan nog toegevoegd worden dat blijkens de toelichting op de Aanvullingswet 1995 hier nog twee gevallen van eigen aard bij komen, te weten stortplaatsen (6:176) en mijnbouwwerken (art. 6:177): van de *naar hun aard* hieraan verbonden bijzondere gevaren mogen omwonenden en andere derden niet de dupe worden, aldus *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8.

209 Zie ook par. 7.5.1. Dat art. 185 WVV niet zag op bepaalde gevallen van schade door een gebrek in een motorrijtuig terwijl bescherming daartegen wel wenselijk werd geacht, was reden voor het schrappen van de motorrijtuigen uit de uitzondering in lid 3 van art. 6:173.

210 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

211 Zie ook *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 2-3, waar nog eens wordt benadrukt dat het gaat om aansprakelijkheid voor ‘een object dat een bron van *verhoogd gevaar* oplevert’, die intreedt ‘in het geval dat *dit gevaar* zich verwezenlijkt’. (curs. AK)



Kwalitatief aansprakelijk is degene die 'verantwoordelijk' is voor het specifieke gevaar dat de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde objecten nu juist tot 'gevaarlijk' maakt. Aldus kan naar mijn idee de kwalitatief aansprakelijke worden omschreven als degene met (de grootste mate van) *zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen*. Hiermee is in mijn ogen ook de gewenste algemene maatstaf gegeven,<sup>212</sup> waaraan in voorkomende gevallen valt te toetsen of al dan niet aan het gebruiksbegrip van art. 6:181 is voldaan. De bedoelde 'zeggenschap' hoeft, zoals nog zal blijken, overigens niet per se samen te vallen met zeggenschap over het gevaarsobject *als zodanig*: een persoon kan namelijk een zekere zeggenschap over een zaak hebben, maar toch niet 'verantwoordelijk' worden geacht voor het schadeveroorzakende element daarvan. Voorts kan het feit dat de in afd. 6.3.2 BW relevant geachte gevaarobjecten als gezegd niet alle hetzelfde schadeveroorzakende element hebben, leiden tot verschillende uitkomsten bij de te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>213</sup> Zo hoeft, zoals eveneens nog zal blijken, hetgeen voor bijvoorbeeld een bewaarder van een *roerende zaak* geldt ('gebrek') niet automatisch ook op te gaan voor de bewaarder van een *dier* ('eigen energie').<sup>214, 215</sup> In het navolgende worden de verschillende door art. 6:181 lid 1-3 bestreken 'gevaarsobjecten' aan de hand van de zojuist geformuleerde algemene maatstaf afzonderlijk aan een nadere beschouwing onderworpen.

### 7.6.2 Roerende zaken

Art. 6:173 beschermt tegen het 'verhoogde gevaar' dat voortvloeit uit een gebrek in een roerende zaak.<sup>216</sup> Een roerende zaak *als zodanig* is volgens art. 6:173 niet verhoogd gevaarlijk, maar pas in geval van een (verborgen) gebrek in de zaak. Dit schadeveroorzakende element betreft een innerlijke gesteldheid van de zaak die afwijkt van waaraan deze in de gegeven omstandigheden behoort te voldoen. Voorts manifesteert het 'verhoogde gevaar' van schade door een gebrekkige zaak

212 Vgl. over het tot nog toe ontbreken daarvan par. 7.4.

213 Dat bij de toepassing en werking van kwalitatieve aansprakelijkheid gedifferentieerd kan worden afhankelijk van het aan de orde zijnde gevaarsobject, vindt bevestiging in de (alleen) voor opstallen geldende tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1, alsook in HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (*Hangmat*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*).

214 Juist acht ik de verwijzing in Parl. gesch. Boek 6, p. 747 naar een 'sprekende band' met de zaak (lees: invloed op de risico's) als het aankomt op de toepassing van art. 6:181; de uitwerking van deze gedachte – de bewaarder van zaken én dieren kwalificeert volgens de wetsgeschiedenis niet als 'gebruiker' ex art. 6:181 – echter niet. Zie par. 7.6.2 en 7.6.4

215 Hier zou ter illustratie nog gewezen kunnen worden op HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/151 (*Ontruiming krakers*), over de uitleg van 'gebruik' in art. 138 lid 1 Sr (wederrechtelijk binnendringen van woning of erf bij een ander in gebruik). De Hoge Raad oordeelde dat 'bij een ander in gebruik' verschillend wordt uitgelegd al naar gelang het gaat om een woning of een erf. Waar een woning pas 'in gebruik' is in geval van feitelijk gebruik, is een erf volgens de Hoge Raad al bij iemand 'in gebruik' in geval van het enkele bezitten of houden (bewaren) daarvan. Van 'gebruik' in de zin van art. 138 lid 1 Sr is in geval van een erf dus sneller sprake dan wanneer het om een woning gaat. Evenals in art. 138 lid 1 Sr heeft in art. 6:181 dezelfde term 'gebruik' betrekking op verschillende 'objecten'.

216 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 743, 747; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1380-1381.

zich doorgaans pas zodra de zaak wordt ‘gebruikt’, in de zin dat daarmee activiteiten worden verricht. Dit laatste vindt adstructie in het voorontwerp van art. 6:173, waarin de aansprakelijkheid voor zaken werd gelegd op ‘de gebruiker’ daarvan.<sup>217</sup> Wetsontwerper Meijers lichtte toe dat een zaak met een gebrek namelijk pas ‘verhoogd gevaarlijk’ wordt zodra deze is ingeschakeld of in werking wordt gesteld (‘wordt gebruikt’).<sup>218</sup> Niet het enkele onder zich houden, maar een *feitelijk handelen met*<sup>219</sup> een in art. 6:173 bedoelde zaak doet – in geval van een (verborgen) gebrek – het ‘verhoogde gevaar’ (pas) ontstaan. Aldus is de persoon die feitelijk met een roerende zaak handelt degene die het gevaar waartegen art. 6:173 beoogt te beschermen in de hand werkt of ‘opwekt’; hij scheidt de condities waarbinnen het ‘verhoogde gevaar’ zich kan manifesteren. Daarmee wordt ook hij geacht ‘het meest nabij’ te zijn, in de zin van het hebben van de grootste mate van invloed op eventueel door de roerende zaak aangerichte schade.<sup>220</sup> In andere woorden, degene die feitelijk handelt met een roerende zaak vergroot eenzijdig voor derden de kans op schade door verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar ingeval daaraan onverhoopt een (verborgen) gebrek kleeft. Daar dient dan een aansprakelijkheid voor schade door de verwezenlijking van dát gevaar tegenover te staan.<sup>221</sup> Kortom, door een feitelijk handelen met een roerende zaak wordt aansprakelijkheid voor het risico aanvaard dat, mocht de zaak een (verborgen) gebrek hebben, hierdoor bij een ander schade ontstaat.<sup>222</sup> Dat in een concreet geval bij de gebruiker feitelijk onbekend was dat aan de zaak een gebrek kleefde, staat niet aan diens aansprakelijkheid ex art. 6:173 in de weg.<sup>223</sup> Daarin schuilt nu juist het risicokarakter van de aansprakelijkheid.<sup>224</sup>

217 Art. 6.3.15 O.M., zie Parl. gesch. Boek 6, p. 742.

218 Parl. gesch. Boek 6, p. 734, 741.

219 Vgl. in deze zin, zij het over dieren (waarover par. 7.6.4), ook A-G Wuisman in zijn conclusie voor het *Loretta*-arrest, sub 3.14.

220 Vgl. ook Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 99, over de op grond van art. 6:181 aansprakelijke: ‘De gebruiker heeft het in zijn macht om te bepalen of er iets met de zaak, de opstal of het dier gebeurt, en zo ja, wat er mee gebeurt. Bij deze benadering komt het ons voor dat gebruik zowel een actieve als een passieve zijde heeft: gebruiken kan naar ons oordeel eveneens inhouden de feitelijke macht dat een zaak, opstal of dier niet gebruikt wordt.’ Hierbij past mijns inziens dat de gebruiker van een *roerende zaak* wordt geacht in de beste positie te verkeren invloed op de daaraan verbonden risico’s uit te oefenen. De door Keijzer en Oldenhuis ook genoemde dieren en opstallen stel ik in par. 7.6.4 en 7.6.5 aan de orde.

221 Vgl. ook Klaassen 1991, p. 82, die omtrent de grondgedachte achter art. 6:173 heeft aangegeven, dat het gerechtvaardigd is om voor ‘de vergrote kans op schade’ die door gebrekkigheid van een zaak wordt veroorzaakt een bijzondere aansprakelijkheid in het leven te roepen. In deze zin is ook Sieburgh 2000, p. 181-187. Een parallel zou getrokken kunnen worden met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor motorrijtuigen ex art. 185 WVV. Deze aansprakelijkheid berust (ook) op de gedachte dat degene die door het gebruik van een motorrijtuig de gevaren op de weg voor het overige verkeer in aanzienlijke mate verhoogt en daarover de controle heeft, ook het risico daarvan behoort te dragen (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/279 en 280). De aansprakelijkheid ziet enkel op schade door motorrijtuigen waarmee wordt gereden c.q. die in beweging zijn (art. 185 WVV lid 1 en 3). Het verhoogde gevaar waartegen art. 185 WVV beoogt te beschermen – het *Betriebsgefahr* – doet zich namelijk enkel (pas) voor in geval van een *rijdende* auto, niet wanneer deze ‘in rust’ is, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/277.

222 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/199, die aangeven dat de bedrijfsmatige gebruiker van hulppersonen en -zaken wordt geacht de aan dit gebruik verbonden risico’s te hebben aanvaard en zonodig een verzekering dient af te sluiten.

223 Dit sluit aan bij de motivering van de keuze voor de ‘gebruiker’ als de ex art. 6.3.15 O.M. aansprakelijke persoon (Parl. gesch. Boek 6, p. 743): ‘Het is redelijk dat bij een dergelijke zaak niet de benadeelde doch degene die de zaak gebruikt, vertrouwend en redelijkerwijs kunnende vertrouwen dat de zaak niet een der bedoelde gebreken bezit, het risico draagt voor op dit vertrouwen gebaseerd gebruik.’

224 Voorwaarde is wel dat het een gebrek betreft waarvan bekend is dat, indien een zaak hiermee is behept, dit tot een bijzonder gevaar leidt.

Dat degene die feitelijk handelt met een roerende zaak in geval van schade door een (verborgen) gebrek als de meest aangewezen aansprakelijke persoon heeft te gelden, is ingevolge art. 6:173 lid 2 jo. 6:185 lid 1 sub b anders in geval van een productiegebrek als bedoeld in afd. 6.3.3 BW. Dat is ook goed verklaarbaar, aangezien het alsdan de producent van de zaak is die – door het in het verkeer brengen van een zaak met een ondeugdelijke innerlijke gesteldheid – wordt geacht een grotere mate van invloed op het ontstaan van de schade te hebben gehad.

Ter toepassing van het gebruiksbegrip van art. 6:181 zal de gedachte van aanvaarding van het aansprakelijkheidsrisico niet alleen opgaan wanneer het *eigenlijke* feitelijk handelen met de roerende zaak plaatsvindt, maar ook in de periode met het oog daarop en na afloop daarvan. Denk aan een gehuurde machine die zich binnen het bedrijf bevindt voorafgaande aan de ingebruikname of tussen twee productieprocessen in, dan wel aldaar na afloop van het productieproces gereed staat om aan de verhuurder te worden geretourneerd. In deze 'wachtperiodes' is van een ingeschakelde machine weliswaar geen sprake, maar behoort mijns inziens toch het betreffende bedrijf – en niet de achterliggende bezitter – ingevolge art. 6:181 de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:173 te dragen. De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in *de intentie* feitelijk met de zaak te handelen dan wel in het feitelijk met de zaak *te hebben gehandeld*.<sup>225</sup> Ook in deze gevallen wordt 'het bedrijf' geacht het aansprakelijkheidsrisico voor schade door een (verborgen) gebrek in de zaak te hebben aanvaard.<sup>226</sup> Dit sluit aan bij een door de wetgever voorgestane ruime uitleg van het gebruiksbegrip van art. 6:181,<sup>227</sup> alsook bij de uitleg die daaraan inmiddels in de rechtspraak en literatuur wordt gegeven.<sup>228</sup> Te dien aanzien geldt dat werkelijk 'gebruik' van de zaak niet steeds is vereist, maar dat het veeleer gaat om de *hoedanigheid* van 'gebruiker'. En die hoedanigheid ontstaat reeds zodra een zaak vóór het eigenlijke gebruik binnen het bedrijf aanwezig is, terwijl die niet verloren gaat zolang de zaak zich aldaar ná het eigenlijke gebruik nog bevindt.<sup>229</sup> Een dergelijke uitleg van 'gebruik' in de zin van art. 6:181 sluit bovendien aan bij de plaatsbepaling ten opzichte van art. 6:170.<sup>230</sup> Op grond van dit laatste artikel komen voor risico

225 De *intentie* die iemand met een zaak heeft, is bijvoorbeeld ook van belang ter aanwijzing van de aansprakelijke persoon op grond van art. 6:176 lid 6, betreffende het zich duurzaam of slechts tijdelijk willen ontdoen van stoffen op een stortplaats. Zie Lankhorst, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:176, aant. 3.

226 Dit wordt dan ondersteund door het praktische aspect van 'opspoorbaarheid', aangezien de benadeelde de aansprakelijke persoon (ook) dan vindt daar waar de schade is veroorzaakt.

227 Par. 7.2.

228 Par. 7.3.

229 In deze zin ook par. 7.3.1 en 7.3.3. Een aanwijzing in deze door mij voorgestane richting bevat ook art. 6:181 lid 2, dat de aansprakelijkheid reeds op de 'eindgebruiker' legt zodra aan hem een zaak 'voor gebruik' in de uitoefening van diens bedrijf ter beschikking is gesteld. Ook hier valt een parallel te trekken met art. 185 WvW. Hoewel deze bepaling als gezegd enkel ziet op schade door een rijdend motorrijtuig, kan de aansprakelijkheid ook intreden ingeval dit op het moment van het verkeersongeval *niet* in beweging was maar het gebruik van het motorrijtuig daarmee nog wel samenhangt. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/277. Vgl. voorts de mogelijkheid van het nog steeds bestaan van een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in sport- en spelsituaties (d.i. geen *aansprakelijkheidsrisicoaanvaarding* maar *risicoaanvaarding*), óók nadat het spel volgens de daartoe geldende regels ten einde is gekomen: HR 28 maart 2003, *NJ* 2003/718, m.nt. C.JHB (*Witmarsumer Merke*).

230 Par. 5.4.

van de ‘gebruiker’ (opdrachtgever) van een ondergeschikte ook fouten die deze maakt buiten de strikte periode waarin het opgedragen werk wordt verricht, zoals in pauzes en onder omstandigheden zelfs buiten werktijd.<sup>231</sup> Overigens zullen zich naar mijn idee bij uitzondering door art. 6:181 jo. 173 bestreken schadegevallen voordoen waarin sprake is van het in verband met het eigenlijke ‘gebruik’ onder zich houden van een zaak: het ‘verhoogde’ gevaar manifesteert zich in de regel immers pas wanneer activiteiten met de zaak worden verricht (een machine wordt ingeschakeld; een ladder wordt beklommen) en aldus van het eigenlijke *feitelijk handelen* sprake is.<sup>232</sup>

Tegen de achtergrond van het vorenstaande is het goed verklaarbaar dat de wetgever de *bewaarder* van andermans roerende zaken van art. 6:181 heeft willen uitzonderen. Degene die enkel een in art. 6:173 bedoelde zaak van een ander bewaart, zal doorgaans immers geen invloed op de innerlijke gesteldheid daarvan hebben<sup>233</sup> en in geval van gebrekkigheid, bij gebreke van een feitelijk handelen met de zaak,<sup>234</sup> normaliter evenmin verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar in de hand werken. Het in art. 6:173 bedoelde ‘verhoogde’ gevaar manifesteert zich in de regel als gezegd pas wanneer feitelijk met de zaak wordt gehandeld, en niet in geval van het enkele bewaren daarvan. Om in termen van de wetsgeschiedenis te spreken: de band van de bewaarder met (de risico’s verbonden aan) de zaak is niet *sprekend genoeg* om daardoor aangerichte schade tot zijn bedrijfsrisico te maken.<sup>235</sup> Van degene die *feitelijk handelt* met een roerende zaak kan worden gezegd daarmee het aansprakelijkheidsrisico van schade door een (verborgen) gebrek in de zaak te hebben aanvaard. Voor een bewaarder geldt dit bij gebreke van een feitelijk handelen niet. Is in geval van bewaarneming toch sprake van schade door een gebrek in de zaak, dan wordt voor de aanwezigheid hiervan de producent (gebrek ontstaan tijdens productieproces) of bezitter/bedrijfsmatige gebruiker (gebrek ontstaan door het gebruik dat daarvan is gemaakt) geacht een grotere mate van verantwoordelijkheid te dragen.<sup>236</sup> Dit sluit aan bij de regel in art. 7:601 lid 3 betreffende de wettelijke regeling van ‘Bewaarneming’: de bewaargever moet aan de bewaarnemer de schade vergoeden die de bewaarnemer als gevolg van de bewaarneming heeft geleden. Als voorbeeld in de wetsgeschiedenis wordt genoemd een in bewaring gegeven zaak die ontploft, lekt of ongedierte draagt of verspreidt, en aldus zaken beschadigt die toebehoren aan de bewaarnemer of aan derden jegens wie de bewaarnemer voor de schade aansprakelijk is.<sup>237</sup> Het

231 Par. 5.3.1 en ook par. 8.4.

232 Zoals nog zal blijken, ligt dit bij dieren anders; dergelijke zaken richten nogal eens schade aan voorafgaande aan het werkelijke gebruik of na afloop daarvan. Dit hangt hiermee samen, dat dieren naar hun aard verhoogd gevaarlijk zijn en niet pas in geval van een feitelijk handelen.

233 Zoals de producent uit afd. 6.3.3 BW dat in geval van een ‘productiegebrek’ wel heeft.

234 Vgl. par. 7.3.2, waaruit blijkt dat ook onder het oude recht gold dat de bewaarder (en ook vervoerder) niet kwalificeerde als ‘gebruiker’ van de in art. 1404 OBW bedoelde dieren, mede omdat hij niet geacht werd zich daarvan te bedienen. Let wel, ik meen – zoals nog zal blijken – dat deze redenering opgaat voor de in art. 6:173 bedoelde zaken, maar juist *niet* voor de in art. 6:179 bedoelde dieren. Zie par. 7.6.4.

235 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

236 De kanaliseringsregeling van art. 6:175 lid 5 brengt overigens met zich dat de bewaarder van een gevaarlijke stof ook aansprakelijk is ingeval het aan die stof verbonden gevaar zich verwezenlijkt door een gebrek in de verpakking (of in het voor opslag bestemde gebouw of werk). Zodoende is toch een aansprakelijkheid mogelijk van de bewaarder voor een gebrekkige roerende zaak als bedoeld in art. 6:173.

237 Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 394-395. Zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/34.

gaat hierbij om schade die de zaak 'door haar enkele aanwezigheid' bij de bewaarnemer veroorzaakt.<sup>238</sup> De bewaarder van andermans roerende zaken biedt zodoende een voorbeeld waarin zeggenschap over de zaak *als zodanig* niet samenvalt met zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de aansprakelijkheid, in dit geval art. 6:173, beoogt te beschermen. In dit perspectief past ook dat de vervoerder van andermans roerende zaken ingevolge art. 6:181 niet is belast met de aansprakelijkheid ex art. 6:173 voor daardoor aangerichte schade.<sup>239</sup>

### 7.6.3 Gevaarlijke stoffen

Art. 6:175 beschermt tegen het 'verhoogde gevaar' dat verbonden is aan gevaarlijke stoffen. Dit gevaar schuilt in de eigenschappen die een dergelijke stof nu eenmaal heeft, en ook behóórt te hebben om te voldoen aan hetgeen waarvoor deze bestemd is.<sup>240</sup> Anders dan de aansprakelijkheid voor roerende zaken van art. 6:173 is de aansprakelijkheid van art. 6:175 niet gekoppeld aan een gebrek, terwijl gevaarlijke stoffen ook niet pas in geval van de aanwezigheid van een gebrek 'verhoogd gevaarlijk' zijn, maar *naar hun aard*. Voor het ontstaan van het verhoogde gevaar waartegen art. 6:175 beoogt te beschermen is, anders dan bij roerende zaken, bovendien een *feitelijk handelen met de stof* niet nodig: het 'verhoogde' gevaar is reeds gegeven met de enkele aanwezigheid van de stof. Aldus is de persoon die een stof onder zich houdt degene die het gevaar waartegen art. 6:175 beoogt te beschermen in de hand werkt of 'opwekt'; hij schept de condities waarbinnen het 'verhoogde gevaar' zich kan manifesteren. Degene die een stof onder zich heeft vergroot niet alleen eenzijdig voor derden de kans op schade door verwezenlijking van het aan de stof verbonden gevaar, maar verkeert ook in de beste positie maatregelen te treffen om schade te voorkomen. Kortom, degene die een stof onder zich houdt wordt geacht 'het meest nabij' te zijn, in de zin van het hebben van de grootste mate van invloed op de aan de stof verbonden risico's. In andere woorden, degene die een gevaarlijke stof onder zich houdt wordt daarmee geacht het aansprakelijkheidsrisico van schade door deze stof te hebben aanvaard. Hier vallen zeggenschap over het gevaarsobject *als zodanig* en zeggenschap over

238 Rutgers 1998, p. 20. Schade in de zin van art. 7:601 lid 3 ziet echter ook op schade door het gebruik dat van de zaak door de bewaarnemer wordt gemaakt benodigd om deze in goede staat te houden of te brengen (vgl. art. 7:603 lid 1). Het zal hierbij in de regel gaan om dieren zoals het berijden van een paard (zie Schelhaas e.a. 2016, p. 383, 385), waarover par. 7.6.4. In geval van *overig* gebruik van zaken door de bewaarnemer, waarvoor ex art. 7:603 lid 1 toestemming van de bewaargever is vereist, zal zijdens de bewaarnemer sprake zijn van een 'feitelijk handelen' en komt diens aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 173 in beeld.

239 Vgl. Rb. Utrecht 17 september 2008, *JA* 2008/161 (*Prorail BV/Railion*), waarin een gebrekkige onbeladen ertswagon schade aanrichtte. De rechtbank maakte ter aanwijzing van de binnen art. 6:181 jo. 173 aansprakelijke persoon onderscheid tussen het geval dat de vervoerder de wagon gebuikte om zaken mee te vervoeren en het geval dat de wagon zelf werd vervoerd. In het laatste geval is volgens de rechtbank sprake van het vervoeren van zaken en mist art. 6:181 toepassing. Ik heb daar twijfels bij, aangezien bedoeld vervoer geschiedde op een wijze die inhield dat feitelijk werd gehandeld met de wagon: de vervoerder liet deze rijden (gelijk aan het handelen met de wagon in het door de rechtbank als eerste genoemde geval). Daarmee werkte de vervoerder het gevaar van schade door een (verborgen) gebrek in de hand. Dit zou anders zijn geweest in geval van vervoer van de lege wagon op bijvoorbeeld een oplegger.

240 Parl. gesch. Boek 6, p. 745; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1388. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2353 (*Zwembadwater*) en Haazen 2007, p. 58.

het schadeveroorzakende element waartegen – in dit geval – art. 6:175 beoogt te beschermen dus samen. Zeggenschap over een gevaarlijke stof brengt dus reeds ‘verantwoordelijkheid’ mee voor door die stof aangerichte schade. Dit sluit aan bij wetsgeschiedenis, waarin is aangegeven dat de aansprakelijkheid steeds behoort te liggen bij degene ‘in wiens handen’ de stof zich op het moment van de schadeveroorzaking bevond.<sup>241</sup> In het licht van het vorenstaande is het ook goed verklaarbaar dat de wetgever niet enkel de gebruiker van een gevaarlijke stof (art. 6:175 lid 1) maar ook de bewaarder en daarmee gelijk te stellen personen als de vervoerder (art. 6:175 lid 2) met de kwalitatieve aansprakelijkheid heeft belast.<sup>242</sup> Een feitelijk handelen met de stof is immers niet per se vereist om het verhoogde gevaar waarop art. 6:175 ziet te scheppen, terwijl óók de bewaarder en vervoerder geacht worden gedurende hun activiteiten rechtstreekse c.q. de grootste mate van invloed te hebben op de aan de stof verbonden risico’s.

#### 7.6.4 Dieren

Art. 6:179 beschermt tegen het ‘verhoogde gevaar’ dat schuilt in de eigen energie van dieren en het onberekenbare element dat daarin ligt besloten.<sup>243</sup> Het gevaar zit in de eigenschappen die een dier als levend wezen nu eenmaal heeft. De aansprakelijkheid van art. 6:179 is – net zoals die van art. 6:175 maar anders dan die van art. 6:173 – niet gekoppeld aan een gebrek, terwijl dieren – evenals een gevaarlijke stof maar anders dan een roerende zaak – niet pas verhoogd gevaarlijk zijn in geval van een gebrek, maar *naar hun aard*.<sup>244</sup> Voor het ontstaan van het verhoogde gevaar waartegen art. 6:179 beoogt te beschermen is, evenals bij gevaarlijke stoffen maar anders dan bij roerende zaken, een feitelijk handelen met het dier niet nodig: het ‘verhoogde’ gevaar is reeds gegeven met de enkele aanwezigheid van het dier. Aldus is de persoon die een dier onder zich houdt degene die het gevaar waartegen art. 6:179 beoogt te beschermen in de hand werkt of ‘opwekt’; hij schept de condities waarbinnen het in art. 6:179 bedoelde ‘verhoogde gevaar’ zich kan manifesteren. Net zoals degene die een gevaarlijke stof onder zich heeft, vergroot ook degene die een dier onder zich heeft niet enkel eenzijdig voor derden de kans op schade door verwezenlijking van het aan het dier verbonden gevaar, maar verkeert diegene tevens in de beste positie maatregelen te treffen om het door het dier aanrichten van schade te voorkomen. Kortom, degene die een dier houdt wordt geacht ‘het meest nabij’ te zijn, in de zin van het hebben van de grootste mate van invloed op de aan dit ‘gevaarsobject’ verbonden risico’s. In andere woorden, degene die ervoor kiest een dier te houden wordt daarmee geacht het aansprakelijkheidsrisico van door dit dier aan te richten schade

241 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 21. Zie ook par. 2.4.

242 Voorzover de vervoerder van een gevaarlijke stof niet reeds aansprakelijk is op grond van de in Boek 8 BW opgenomen regelingen voor zeeschepen (art. 8:620-627), binnenschepen (art. 8:1030-1037), wegvoertuigen (art. 8:1210-1220) en spoorvoertuigen (art. 8:1670-1680).

243 Parl. gesch. Boek 6, p. 763; Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1382. Vgl. ook Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4170 (*Gestald paard*), r.o. 3.5.

244 Zie ook Hartlief die in zijn *NJ*-noot onder het *Hangmat*-arrest aangeeft dat art. 6:179 niet uitgaat ‘van de gebrekkigheid van een bepaalde zaak, doch eerder van inherente aan de zaak verbonden gevaren (de eigen energie van het dier).’ In dezelfde zin is Zeeman 2016, p. 124; Haazen 2017, p. 65.

te hebben aanvaard.<sup>245</sup> Ook hier vallen, evenals bij gevaarlijke stoffen maar anders dan bij roerende zaken, zeggenschap over het gevaarsobject *als zodanig* en zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen – in dit geval – art. 6:179 beoogt te beschermen samen. Zeggenschap over een dier brengt dus reeds 'verantwoordelijkheid' mee voor door dit dier aangerichte schade.

Hiermee verdraagt zich moeizaam dat in de wetsgeschiedenis in algemene zin is aangegeven dat de bewaarder van andermans zaken en dieren in beginsel van art. 6:181 is uitgezonderd.<sup>246</sup> Als motivering is in de toelichting op art. 6:181 aangevoerd dat de band van de bewaarder met in bewaring gegeven zaken en dieren onvoldoende sprekend is om een kwalitatieve aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Dit komt mij als het om dieren gaat niet overtuigend voor. Wanneer een dier bij een ander in bewaring wordt gegeven is het *niet* langer de 'achterliggende' bezitter of bedrijfsmatige gebruiker die de grootste mate van invloed heeft op het schadeveroorzakende element waartegen art. 6:179 beoogt te beschermen, maar de bewaarnemer. Het dier is immers – letterlijk – uit handen (lees: de invloedssfeer) van de bezitter/bedrijfsmatige gebruiker verdwenen, waarmee diens band met het dier sterk is afgenomen. De band die resteert, is in mijn ogen niet meer sprekend genoeg voor een kwalitatieve aansprakelijkheid, aangezien de bewaarder ten opzichte van de bezitter/gebruiker een sprekender band met de *aan het dier verbonden risico's* heeft (verkregen).<sup>247</sup> Anders dan de bewaarder van een *roerende zaak* maar evenals de bewaarder van een *gevaarlijke stof*, komt een kwalitatieve aansprakelijkheid van de bewaarder van een *dier* ingevolge art. 6:181 dus juist wel gerechtvaardigd voor. Daarvoor pleit bovendien nog dat 'de bemoeienis' van een bewaarder met een dier uit de aard der zaak doorgaans intensiever (sprekender) zal zijn dan in geval van een in bewaring gegeven (levenloze) roerende zaak. Denk aan de voor een dier als levend wezen benodigde verzorging, voeding, het weiden en mogelijk het zelfs van tijd tot tijd berijden om het dier in goede conditie te houden.<sup>248</sup>

De wetsgeschiedenis laat ook ruimte om de bewaarder van een dier ingevolge art. 6:181 (toch) met de aansprakelijkheid van art. 6:179 te belasten. De toelichting vermeldt namelijk dat het 'in beginsel' niet gerechtvaardigd 'lijkt' de bewaarnemer te belasten met het aansprakelijkheidsrisico voor door in bewaring gegeven zaken aangerichte schade.<sup>249</sup> Erg stellig komt dit niet voor en dat deze uitlating niet voor alle in art. 6:173, 174, 175 en 179 te onderscheiden gevaarsobjecten geldt, blijkt reeds uit het feit dat de gevaarlijke stoffen van het uitzonderen van de bewaarder

245 Deze teneur is ook te herkennen in de afwijzende oordelen in HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173, m.nt. Hartlief (*Paard Imagine*) en Rb. Den Haag 4 maart 2015, *JA* 2015/79 (*Hond Jengo*). Denk ook aan de geregelde toepassing van art. 6:101 ingeval iemand zich vrijwillig 'inlaat' met het dier van een ander en door de eigen energie daarvan schade lijdt. Zie HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004/556, m.nt. Hijma (*Bunink/Nieuw Amstelland*).

246 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

247 Zie in deze zin omtrent een in bewaring gegeven gevaarlijke stof – die tot dezelfde groep gevaarsobjecten als een dier behoort – *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43.

248 Zie art. 7:603 lid 1: 'De bewaarnemer mag de zaak slechts gebruiken voor zover de bewaargever daarvoor toestemming heeft gegeven, of het gebruik nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen.' Een dergelijk gebruik door de bewaarder is zelfs als een *feitelijk handelen* met het dier aan te merken.

249 Parl. gesch. Boek 6, p. 747.

als aansprakelijke persoon zijn uitgezonderd (art. 6:175 lid 2). Gezien de in dit verband relevante overeenkomsten tussen een gevaarlijke stof en een dier,<sup>250</sup> lijkt het in de rede te liggen dat wat voor de bewaarder van een gevaarlijke stof geldt ook opgaat voor de bewaarder van een *dier* (zij het op grond van art. 6:181 jo. 179). Hier komt bij dat in het *Loretta*-arrest inmiddels relevante obstakels uit de weg zijn geruimd die hadden kunnen beletten dat de bewaarnemer van zaken als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 kwalificeert. Geoordeeld werd dat voor ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 de aspecten ‘duurzaamheid’ en ‘ten eigen nutte’ *niet* zijn vereist. Dat is voor een mogelijke toepassing van art. 6:181 jo. 179 op de bewaarder van een dier van belang, aangezien bewaarneming naar zijn aard tijdelijk is<sup>251</sup> en geacht wordt ‘ten nutte van’ de bewaargever te strekken.<sup>252</sup> Een steunargument voor een kwalitatieve aansprakelijkheid van de bewaarder van dieren ex art. 6:181 jo. 179 ligt nog in het feit dat gebreken in zaken waarin of waarmee zij doorgaans worden ‘bewaard’ eveneens voor diens risico komen.<sup>253</sup> Denk aan een staldeur of longeerlijn die het tijdens de bewaarneming plotseling begeeft, als gevolg waarvan een dier ontsnapt en op de openbare weg een verkeersongeval veroorzaakt.<sup>254</sup>

Wel lijkt een aansprakelijkheid van de bewaarnemer ex art. 6:181 jo. 179 op gespannen voet te staan met de hiervoor al genoemde regel van art. 7:601 lid 3, inhoudende dat de bewaargever de bewaarnemer de schade moet vergoeden die deze laatste als gevolg van de bewaarneming heeft geleden. Ten eerste kan evenwel worden opgemerkt dat dieren strikt genomen niet (meer) onder deze regel vallen: de wettelijke regeling van ‘Bewaarneming’ ziet op ‘zaken’ (art. 7:600), terwijl dieren sinds 2013 (invoering art. 3:2a) geen zaken meer zijn. Art. 3:2a bepaalt echter tegelijkertijd wel dat bepalingen met betrekking tot ‘zaken’ in beginsel op dieren van toepassing zijn. Voorts lijkt de regel van lid 3 van art. 7:601 te scharnieren om schade aan de bewaarnemer door een ‘eigen’ (verborgen) gebrek van de in bewaring gegeven zaak. Hiervan is in geval van een aansprakelijkheid ex art. 6:179 geen sprake, nu het verhoogde gevaar waartegen zij beoogt te beschermen nu juist *niet* uit een gebrek voortvloeit, maar zoals zojuist gezegd uit eigenschappen die een dier als levend wezen nu eenmaal heeft. In de toelichting op art. 7:601 lid 3 is echter wel aangegeven dat schade toegebracht aan de bewaarnemer door een in bewaring gegeven ‘zaak’ (ervan uitgaande dat dit ook voor dieren geldt) steeds geheel voor risico van de bewaargever komt, ongeacht of

---

250 Zie ook par. 6.6.4.3.

251 Op grond van art. 7:600 is de bewaarnemer verplicht de aan hem door de bewaargever toevertrouwde zaak te bewaren en *terug te geven*.

252 HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/321 (*Searocco/Altena*), r.o. 3.3.2. Voorts geldt dat de wettelijke regeling van bewaarneming (art. 7:600-607) geen regeling kent van door een in bewaring gegeven zaak veroorzaakte schade aan een derde (lees: iemand die buiten de bewaarnemingsovereenkomst staat).

253 Zie in deze zin Parl. gesch. Boek 6, p. 747; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 43, over de aansprakelijkheid van de bewaarder van *gevaarlijke stoffen*, voor wiens risico’s ingevolge art. 6:181 jo. 174 ook komen gebreken in opslagtanks waarin deze stoffen worden bewaard.

254 Overigens behoeft de bewaarder gelet op de voor opstallen blijkens art. 6:181 lid 1 geldende tenzij-clausule in dit soort gevallen bepaald niet altijd de ex art. 6:174 aansprakelijke te zijn. Dit lijkt bij de parlementaire totstandkoming uit het oog te zijn verloren waar in de toelichting als ‘steunargument’ wordt gewezen op de aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 174 van de in art. 6:175 bedoelde bewaarder van gevaarlijke stoffen voor gebreken in opslagtanks. Zie Parl. gesch. Boek 6, p. 747.



deze het gebrek/gevaar kende of behoorde te kennen en ongeacht of de bewaarnemer dit bij de afgifte van de zaak had kunnen ontdekken. Redengevend wordt daartoe geacht dat de zaak zich *in het belang van de bewaargever* bij de bewaarnemer bevindt.<sup>255</sup> Relevant is evenwel dat in andere landen, zo geeft de toelichting ook aan,<sup>256</sup> wel anders wordt gedacht over de voornoemde risicoverdeling tussen bewaargever en bewaarnemer. Het gaat dan vooral om Duitstalige codificaties. Zo dient bijvoorbeeld in Duitsland de bewaargever de bewaarnemer de schade te vergoeden, tenzij de bewaargever de 'gevaarverhogende omstandigheid' kende noch behoorde te kennen, dan wel tenzij hij de bewaarnemer op die omstandigheid heeft gewezen of *de bewaarnemer deze, zonder daarop opmerkzaam te zijn gemaakt, heeft gekend*.<sup>257</sup> Van dieren is, zeker voor een professionele bewaarder, bekend dat deze onberekenbaar gedrag kunnen vertonen.<sup>258</sup> Oftewel, er is sprake van een gebrek/gevaar dat de bewaarnemer kent of heeft moeten kennen. Verdedigbaar is dat in een dergelijk geval een aansprakelijkheid van de bewaargever niet op haar plaats is, hetgeen ruimte biedt voor een aansprakelijkheid van de bewaarnemer ex art. 6:181 jo. 179.<sup>259</sup> Hiernaast kan bedacht worden dat art. 7:601 lid 3 enkel ziet op schade die door in bewaring gegeven zaken *in het kader van de bewaarnemingsovereenkomst* wordt aangericht, waarbij ingevolge art. 7:608 nog geldt dat ook 'derden', personen die buiten de bewaarnemingsovereenkomst staan, deze overeenkomst tegengeworpen kunnen krijgen.<sup>260</sup> Art. 7:601 lid 3 ziet derhalve niet op schade van 'derden-benadeelden' maar enkel op schade aan zaken van de bewaarnemer zelf of aan zaken van derden jegens wie de bewaarnemer aansprakelijk is.<sup>261</sup> De achtergrond van de daarvoor geldende aansprakelijkheid van de bewaargever is als gezegd dat de zaak zich *in zijn belang* onder de bewaarnemer bevindt. Aansprakelijkheid voor schade toegebracht door een in bewaring gegeven zaak *buiten de bewaarnemingsovereenkomst* – een paard breekt los en veroorzaakt een verkeersongeval op de openbare weg – betreft in mijn ogen een vraag van andere orde.<sup>262</sup> Anders dan in de verhouding tussen de bewaarnemer en bewaargever, is voor de verdeling van het aansprakelijkheidsrisico in de verhouding tussen de bewaarnemer en de 'derde-benadeelde' een

255 Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 394 noot 3; Rutgers 1998, p. 20.

256 Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 394 noot 3.

257 Rutgers 1998, p. 21 over niet alleen Duitsland maar ook Oostenrijk en Zwitserland.

258 Vgl. ook Schelhaas e.a. 2016, p. 383, waar de vergaande aansprakelijkheid van de bewaargever ex art. 7:601 lid 3 in ieder geval redelijk wordt geacht ingeval de bewaarnemer geen loon ontvangt. De professionele bewaarnemer waarop ik doel in relatie tot art. 6:181 zal zijn activiteiten echter vrijwel altijd tegen bewaarloon verrichten. Vgl. voor dit laatste ook Schelhaas e.a. 2016, p. 381.

259 Vgl. ook Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/34, waar omtrent art. 7:601 lid 3 wordt aangegeven: 'Naar Nederlands recht onttrekt de bewaargever zich slechts aan zijn aansprakelijkheid als (hij bewijst dat) de bewaarnemer bij het aangaan van de overeenkomst het risico dat zich heeft verwezenlijkt, impliciet of expliciet van de bewaargever heeft overgenomen.' In geval van het in bewaring geven van dieren zou hiervan mijns inziens sprake kunnen zijn: de (professionele) bewaarnemer wordt geacht het aansprakelijkheidsrisico van door het dier uit eigen energie aan te richten schade te hebben aanvaard.

260 Met name art. 7:608 lid 2 vertoont overeenkomsten met de paardensprongregeling in art. 8:364 (jo. 8:1081), waaruit volgt dat de aansprakelijkheid van de vervoerder jegens derden niet verder gaat dan zijn aansprakelijkheid uit de vervoersovereenkomst. Gedacht kan hier worden aan het geval waarin een derde eigenaar is van de in bewaring gegeven zaak en de bewaarnemer buiten overeenkomst aanspreekt.

261 Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 394-395.

262 In de toelichting op art. 7:601 lid 3 is niet ingegaan op dit soort schadegevallen. Zie tevens Schelhaas e.a. 2016, p. 383, waar ervan wordt gesproken dat een vergaande aansprakelijkheid van de bewaargever ex art. 7:601 lid 3 redelijk is 'in de contractuele context van bewaarneming'.

eventuele niet-aansprakelijkheid van de bewaarnemer in ieder geval niet te gronden op het aspect ‘in wiens belang’ de betreffende zaak zich bij de bewaarnemer bevond. Mijns inziens is veeleer van belang dat de bewaarnemer in de beste positie verkeert de aan het dier verbonden risico’s te beïnvloeden, van welke zorg voor de zaak ‘derden’ voor hun veiligheid afhankelijk zijn.<sup>263</sup> En nu is het profijtbeginsel juist ondersteunend voor een aansprakelijkheid van de bewaarnemer, in die zin dat deze voor zijn activiteiten een vergoeding (van de bewaargever) zal ontvangen. Ook het aspect van opspoorbaarheid – de bewaarnemer zal voor een ‘derde’ doorgaans gemakkelijker op te sporen zijn dan de ‘achterliggende’ bewaargever/eigenaar – en dat van verzekering/schadespreiding wijzen in de richting van een aansprakelijkheid van de professionele bewaarnemer. Hierbij kan nog worden bedacht dat deze bewaarnemer ingevolge art. 6:181 ook kwalitatief aansprakelijk is voor de (gebrekkige) zaken waarvan hij zich bedient ter uitvoering van de bewaarnemingsovereenkomst.<sup>264</sup> Een aansprakelijkheid ex art. 6:181 van de bewaarnemer van de in art. 6:179 bedoelde dieren, zou tot slot aansluiten bij de aansprakelijkheidsregeling voor de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen (waarmee de dieren in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht in zekere zin op één lijn zijn gesteld).<sup>265</sup> hoewel een gevaarlijke stof ook kan vallen onder de in art. 7:600 jo. 7:601 lid 3 bedoelde ‘zaken’ (met geen aansprakelijkheid van de bewaarnemer maar de bewaargever tot gevolg),<sup>266</sup> rust op grond van art. 6:175 lid 2 de buitencontractuele aansprakelijkheid (jegens ‘derden’) toch op de bewaarnemer.

In het perspectief van een aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 179 van de bewaarnemer van dieren, past ook dat de vervoerder van een *dier* – evenals de vervoerder van een *gevaarlijke stof* – is belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade door het dier aan derden toegebracht gedurende het vervoer.<sup>267</sup> Een feitelijk handelen met het dier is immers niet vereist om het verhoogde gevaar waarop art. 6:179 ziet te scheppen, terwijl van de vervoerder kan worden gezegd gedurende het vervoer de grootste mate van invloed te hebben op de aan (het onberekenbare gedrag van) de vervoerde dieren verbonden risico’s.<sup>268</sup> Een steunargument voor een kwalitatieve aansprakelijkheid van de vervoerder

263 Als gezegd valt zuivere besmettingsschade niet onder de reikwijdte van art. 6:179 (zie par. 6.5.3.4). Ingevolge art. 6:181 jo. 179 is (ook) de bewaarnemer dus niet met een dergelijke aansprakelijkheid te belasten. Bij dit laatste past de redenering dat in geval een dier dat drager is van ziektekiemen in bewaring wordt gegeven, de bewaarnemer voor daardoor aangerichte zuivere besmettingsschade niet ex art. 6:181 jo. 179 aansprakelijk behoort te zijn, nu de bewaarnemer kan worden gezien als ‘houder’ ten aanzien van het ‘gedrag’ (de eigen energie) maar niet ten aanzien van de ‘structuur’ van het dier. Dit laat ook ruimte voor de opvatting van Verheij (Schelhaas e.a. 2016, p. 382-383), dat de bewaargever (bezitter) voor zuivere besmettingsschade op grond van art. 7:601 lid 3 (wél) aansprakelijk kan zijn tegenover de bewaarnemer.

264 Vgl. HR 28 november 1997, *NJ* 1998/168 (*Smits/Royal Nederland*), over het niet functioneren van de koelruimte van een bewaarnemer van een partij kaaspoeder. De aansprakelijkheid van de bewaarnemer in deze zaak werd overigens gegrond op art. 6:77, het contractuele equivalent van het buitencontractuele art. 6:181.

265 Vgl. ook par. 6.6.4.3, waaruit volgt dat de gevaarlijke stoffen en dieren tot dezelfde groep gevaarsobjecten behoren aangezien zij om een andere reden dan een ‘gebrek’ verhoogd gevaarlijk zijn.

266 Vgl. Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/3.

267 Met ‘derden’ wordt bedoeld op personen die buiten de vervoersovereenkomst staan.

268 Vgl. ook Schut 1963, p. 201-203 die inzake art. 1404 OBW aangeeft dat in geval van het aanknopen van de aansprakelijkheid bij *de zorg* voor het dier, de aansprakelijkheid rust op de huurder en bruiklenner, de bewaarder/stalhouder, het asiel, de vervoerder en onder omstandigheden ook op de hoefsmid en dierenarts.

van dieren ex art. 6:181 jo. 179 kan hier gevonden worden in het feit dat gebreken in zaken waarmee de dieren worden vervoerd eveneens voor diens risico komen (art. 6:181 jo. 173). Denk aan een veewagen waarvan tijdens het vervoer een deur plotseling bezwijkt, als gevolg waarvan het vee de snelweg oprent met een ernstig verkeersongeval tot gevolg.<sup>269</sup> Bovendien zal in geval van schade door een dier tijdens zowel bewaarneming als vervoer gelden dat vanuit het perspectief van de benadeelde de bewaarder/vervoerder, en *niet* de 'achterliggende' bezitter of gebruiker, het gemakkelijkst traceerbaar is en als 'meest nabij' het meest logische aanspreekpunt vormt.<sup>270</sup>

Gezien de door mij verdedigde reikwijdte van art. 6:181 jo. 179 was het in de *Loretta*-zaak zonder meer duidelijk dat manege De Gulle Ruif – waar het paard ter belering tijdelijk was ondergebracht –, en niet bezitter Van de Water, kwalitatief aansprakelijk was voor de door het paard aangerichte schade. Nu de manege het paard (langdurig) onder zich had, was zij degene met de grootste mate van zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen art. 6:179 beoogt te beschermen: de manege creëerde reeds met het houden van het paard het in art. 6:179 bedoelde 'verhoogde gevaar' voor anderen, terwijl de manege ook in de beste positie verkeerde invloed op de aan het paard verbonden risico's uit te oefenen. Een (discussie over het) 'gebruikmaken' van het paard, in de zin van een *feitelijk handelen met* dit dier, was aldus helemaal niet nodig om 'gebruik' in de zin van art. 6:181 te kunnen aannemen.<sup>271</sup> De vraag of iedere professional aan wie andermans dier tijdelijk wordt toevertrouwd – denk aan de dierenarts, hoefsmid, ruiters, jockey of dompteur – als bedrijfsmatige 'gebruiker' ex art. 6:181 jo. 179 kwalificeert, komt verderop in dit boek nader aan de orde.<sup>272</sup>

### 7.6.5 Opstallen

Art. 6:174 beschermt tegen het 'verhoogde gevaar' dat voortvloeit uit een gebrek in een opstal.<sup>273</sup> Net als een roerende zaak en anders dan een gevaarlijke stof of dier wordt een opstal niet naar zijn aard gevaarlijk geacht,<sup>274</sup> maar (pas) wanneer sprake is van een innerlijke gesteldheid die afwijkt van waaraan deze in de gegeven omstandigheden behoort te voldoen. Tegelijkertijd verschilt een opstal als gevaarsobject ook van een roerende zaak. Waar het bedrijfsmatig 'gebruik' van een

269 Ontleend aan Oldenhuis, *AV&S* 2005/25. Hier geldt dat de aansprakelijkheid van de vervoerder ex art. 6:181 jo. 173 overigens niet altijd aan de orde hoeft te zijn, namelijk niet in gevallen die door afd. 6.3.3 BW (productenaansprakelijkheid) worden bestreken.

270 Ingeval een dier tijdens bewaarneming of vervoer ontsnapt en een derde schade toebrengt, kan mogelijk ook aan toepasselijkheid van art. 6:162 worden gedacht ten aanzien van de bewaarder/vervoerder.

271 Tevens is met het aanvaarden van een kwalitatieve aansprakelijkheid van (ook) de bewaarder van een dier ex art. 6:181 jo. 179 een oplossing gevonden voor het in de literatuur (Keijzer en Oldenhuis 2011, p. 100; Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 302) naar voren gebrachte sprekende voorbeeld van een krokodil die in de dierentuin ontsnapt en een bezoeker verwondt. Zowel in geval van het tentoonstellen van dit dier ('gebruiken') als in geval van bewaarneming voor een andere dierentuin ('bewaren') rust de aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 179 op de dierentuin waar de krokodil verblijft.

272 Par. 7.8.

273 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 747, 755.

274 Zie ook Rb. Den Haag 4 maart 2015, *JA* 2015/79 (*Hond Jengo*), r.o. 4.9 over het relevante onderscheid tussen een opstal en een dier omdat een dier 'per definitie een potentieel en niet door mensen te voorkomen risico van schade met zich brengt.'

roerende zaak (in de zin van een feitelijk handelen) het gevaar waartegen art. 6:173 beoogt te beschermen in de hand werkt of opwekt, ligt dit voor een opstal die in de uitoefening van een bedrijf wordt ingezet anders. Degene die een opstal van een ander in gebruik heeft (zoals een bedrijfsmatige huurder) handelt veelal niet feitelijk met deze zaak zelf, maar de opstal doet dienst als ‘huisvesting’ van de *eigenlijke bedrijfsactiviteiten* die doorgaans met de in art. 6:173, 175 en 179 bedoelde zaken worden verricht. Anders gezegd, de (‘toevallige’) gebruiker van een opstal werkt met zijn activiteiten die ‘onder het dak’ daarvan plaatsvinden in beginsel niet het in art. 6:174 bedoelde verhoogde gevaar van schade door een (verborgen) gebrek aan die opstal in de hand. Van een opstal valt te zeggen dat deze in geval van bedrijfsmatig gebruik door een ander, op andere wijze door de eigenaar ‘uit handen’ wordt gegeven dan in geval van een roerende zaak of dier. Ook als bedoeld gebruik van een *opstal* is overgedragen aan een ander, blijft de ‘verantwoordelijkheid’ voor de staat waarin dit gebouw of werk verkeert (onderhoud, inspectie, treffen van maatregelen) in de eerste plaats liggen bij de eigenaar. Dit vindt volgens Schut verklaring in het feit:

‘dat de eigenaar van het gebouw, zelfs als een ander het gebruikt, in het algemeen door controle e.d. veel *meer invloed kan uitoefenen* op bescherming van derden tegen eventuele schadelijke werkingen daarvan dan de eigenaar van andere zaken die uit handen zijn gegeven (bijv. machines, dieren).<sup>275</sup> (curs. AK)

De ‘verantwoordelijkheid’ voor een in art. 6:174 bedoelde opstal rust nadrukkelijker bij de eigenaar dan de ‘verantwoordelijkheid’ voor een roerende zaak of dier uit de art. 6:173 en 179. Óók in geval van bedrijfsmatig gebruik door een ander, is het de ‘achterliggende’ eigenaar die in beginsel geacht wordt de meeste invloed te hebben op de aan de opstal verbonden risico’s en in de beste positie te verkeren anderen tegen de mogelijk schadelijke werking daarvan te beschermen. De (veronderstelde) zorgplicht van de eigenaar voor de staat waarin de opstal verkeert, blijft dus in tact wanneer hij dit gebouw of werk uit handen geeft voor bedrijfsmatig gebruik door een ander. Zo zal bijvoorbeeld de instorting van een dak door een (verborgen) gebrek meestal losstaan van het bedrijf dat veelal ‘toevallig’ onder dat dak wordt gevoerd. In een dergelijk geval behoort niet de gebruiker van de opstal – die niets van doen heeft met het schadeveroorzakende gebrek – maar de eigenaar van het gebouw of werk ‘verantwoordelijk’ te worden gesteld voor de schade. De ‘toevallige’ gebruiker is veeleer te zien als de ‘machteloze buitenstaander’,<sup>276</sup> die net als een ‘echte’ derde afhankelijk is van de door de eigenaar met betrekking tot de opstal te betrachten zorg. De situatie verschiet evenwel van kleur wanneer het schadeveroorzakende gebrek verband houdt met de wijze waarop de exploitant de opstal gebruikt. Alsdan kan de bedrijfsmatige gebruiker immers wél geacht worden de grootste mate van invloed te hebben op het schadeveroorzakende element – in dit geval een gebrek in het

<sup>275</sup> Schut 1963, p. 209, met verwijzingen. Naar voren komt dat in beginsel steeds de eigenaar wordt geacht tegenover derden de verantwoordelijkheid te dragen voor de staat waarin onroerende goederen verkeren. Illustratief is ook dat de voorloper van art. 6:174 (art. 1405 OBW) als aansprakelijke persoon *louter* de eigenaar kende, terwijl de voorloper van art. 6:179 (art. 1404 OBW) als zodanig ofwel de eigenaar ofwel de gebruiker aanwees.

<sup>276</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

gebouw of werk – waartegen art. 6:174 beoogt te beschermen. Denk aan het neerkomen van een schoorsteen van een fabrieksgebouw die niet bestand bleek tegen een overmatig trillen en schokken van in dit pand uitgeoefende bedrijfsactiviteiten. Niet de eigenaar maar de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal behoort ingevolge art. 6:181 met de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 te zijn belast, nu deze laatste 'een grotere mate van verantwoordelijkheid' draagt voor het ontstaan van de schade. Een parallel valt te trekken met de 'klevende' aansprakelijkheid van de producent uit afd. 6.3.3 BW: ook hij blijft na het 'uit handen geven' (lees: in het verkeer brengen) van een product aansprakelijk voor schade door een productiegebrek, hetgeen echter anders is indien de in art. 6:173 en 181 bedoelde bezitter of gebruiker van de zaak – vanwege het gebruik dat deze van de zaak heeft gemaakt – 'verantwoordelijk' is te achten voor de aanwezigheid van het schadeveroorzakende gebrek.<sup>277</sup>

Dat in geval van schade door een opstal de aansprakelijkheid van art. 6:174 in de eerste plaats op de eigenaar en niet op de ('toevallige') bedrijfsmatige gebruiker rust, wordt ondersteund door het aspect van 'opspoorbaarheid'. Zo is de eigenaar van een opstal via de openbare registers normaliter steeds een gemakkelijk te achterhalen persoon, hetgeen nog maar de vraag kan zijn met betrekking tot de 'toevallige' gebruiker van de opstal wiens gebruik van lange duur maar ook minder bestendig kan zijn en kan berusten op voor derden maar moeilijk te traceren bijzonderheden.<sup>278</sup> Het aspect 'opspoorbaarheid' is echter niet doorslaggevend, zo volgt ook uit de 'klevende' aansprakelijkheid van de producent die vanuit het oogpunt van de achterhaalbaarheid van de aansprakelijke persoon juist bezwaarlijk wordt geacht.<sup>279</sup> In geval van schade door een productiegebrek dat zich pas geruime tijd manifesteert nadat het product in het verkeer is gebracht, bestaat voor de benadeelde die naar de producent in af. 6.3.3 BW wordt gedirigeerd – anders dan in geval van een aansprakelijkheid van de eigenaar van een opstal ex art. 6:174 die bij een ander 'in bedrijfsmatig gebruik' is – immers geen mogelijkheid een 'objectieve' informatiebron als de openbare registers te raadplegen. Leidend is dan ook het aspect 'zeggenschap': kwalitatief aansprakelijk is steeds degene die 'hoofd- of eindverantwoordelijk' is te achten voor de door het gebrek aangerichte schade.

Net als een bedrijfsmatige gebruiker van een opstal is in beginsel ook degene die een opstal enkel onder zich houdt ingevolge art. 6:181 *niet* met de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 belast. Voor de 'bewaarder' (beheerder) van een opstal geldt ten opzichte van een gebruiker temeer dat van een *feitelijk handelen* – waardoor gevaren in geval van een (verborgen) gebrek in de hand worden gewerkt – met de opstal geen sprake is,<sup>280</sup> terwijl ook de bewaarder ten opzichte

277 Zie art. 6:173 lid 2 jo. lid 1 sub b van art. 6:185.

278 Vgl. de insteek van de cassatiemiddelen, sub 9 in het *Pony*-arrest over de aansprakelijkheid van de eigenaar of gebruiker van de in art. 1404 OBW bedoelde dieren. De Hoge Raad oordeelde vervolgens ook dat in deze kwestie niet de (zeer) tijdelijke gebruiker van het dier maar de eigenaar de aansprakelijke persoon was.

279 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9.

280 Dit is uiteraard anders indien de professionele beheerder bij het lappen van de ramen van de opstal een met het oog op die klus van een derde gehuurde ladder gebruikt, die door een gebrek schade toebrengt aan een toevallige passant: de beheerder heeft door het feitelijk handelen met de ladder het aansprakelijkheidsrisico ex art. 6:181 jo. 173 van schade door een verborgen gebrek in de ladder aanvaard.

van de eigenaar geen beslissende invloed zal hebben op de structuur en gesteldheid van het gebouw of werk. Weliswaar zal voor bepaalde beheerders gelden dat zij belast zijn met taken betreffende de kwaliteit en het onderhoud van de opstal,<sup>281</sup> maar tot bedrijfsmatige ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 verworden zij daarmee mijns inziens niet.<sup>282</sup> Het komt mij voor dergelijke personen veeleer als hulppersoon van de eigenaar te zien bij het waarmaken van zijn ‘verantwoordelijkheid’ de opstal in deugdelijke staat te houden.<sup>283</sup> Hier komt bij dat de activiteiten van een beheerder in de regel juist erop gericht zijn dat *anderen*, zoals een bedrijfsmatige huurder, de opstal kunnen gebruiken. In de verhouding tussen deze huurder als (‘toevallige’) gebruiker van de opstal en de ‘achterliggende’ eigenaar zal dan evenzeer gelden dat de aansprakelijkheid ex art. 6:174 in de eerste plaats op de eigenaar rust. Zelfs als de beheerder met zijn activiteiten een gebrek in de opstal veroorzaakt – een raam valt uit de sponning enige tijd nadat de beheerder is vergeten tijdig de doorgeroeste schroeven te vervangen –, blijft de aansprakelijkheid ex art. 6:174 jegens derden derhalve in beginsel op de eigenaar rusten.<sup>284</sup> Uiteraard heeft de eigenaar de mogelijkheid van een eventuele (contractuele) regresactie op de door hem aangestelde beheerder.

#### 7.6.5.1 DE TENZIJ-CLAUSULE VAN ART. 6:181 LID 1

De gedachte dat de aansprakelijkheid voor opstallen steeds behoort te rusten op degene met *de meeste invloed* op het schadeveroorzakende element waartegen art. 6:174 beoogt te beschermen, heeft de wetgever gezien de specifiek voor opstallen geldende tenzij-clausule uit art. 6:181 lid 1 in feite onderschreven. Voorts illustreert deze clausule dat, nu voor de in art. 6:173 en 179 bedoelde roerende zaken en dieren *geen* tenzij-clausule geldt, de ‘verantwoordelijkheid’ voor een opstal inderdaad nadrukkelijker bij de bezitter ligt dan die voor een roerende zaak of dier. Art. 6:181 lid 1 bepaalt – voorzover hier relevant – dat de aansprakelijkheid van art. 6:174 rust op de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal, ‘*tenzij het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat.*’ Met deze tenzij-clausule heeft de wetgever willen voorkomen dat

---

281 Voor ‘beheerders’ als een beveiligings-, portiers- of makelaarsbedrijf geldt dit niet.

282 In deze zin is ook Hof Amsterdam 26 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ6089 (*Allianz/SFB Diensten*). Vgl. ook Schut 1963, p. 209, die aangeeft dat de ‘verantwoordelijkheid’ van de eigenaar ook blijft bestaan indien hij ‘feitelijk de zorg voor het gebouw aan een ander overdraagt’.

283 Vgl. de hulppersoon-constructie die in HR 22 maart 1946, *NJ* 1946/194 (*Beijnes/Lekx*) en HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/338 (*Ingeschaarde vaars*) op het terrein van art. 1404 OBW werd aangenomen: wanneer de eigenaar de zorg voor zijn dier aan een ander overliet, kwalificeerde die ander niet als ‘gebruiker’ ex art. 1404 OBW, maar bleef de eigenaar de aansprakelijke persoon die daarbij had in te staan voor een eventueel tekortschieten in de zorg voor het dier door degene aan wie hij dit had toevertrouwd.

284 Vgl. Parl. gesch. Boek 6, p. 755, waaruit volgt dat art. 6:174 mede een aansprakelijkheid inhoudt voor fouten van anderen bestaande uit het creëren of laten voortbestaan van een gebrek, in die zin dat de aansprakelijkheid van art. 6:174 in beginsel geldt ongeacht de oorzaak van de gebrekkige toestand.

de 'toevallige' bedrijfsmatige gebruiker van een opstal ingevolge art. 6:181 wordt belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174. De toelichting op de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 geeft het voorbeeld van een gebouw dat door een huurder bedrijfsmatig wordt gebruikt als kantoorruimte, terwijl voor een derde schade ontstaat als gevolg van een (verborgen) gebrek van dat gebouw. De toelichting vermeldt dat het 'onredelijk' voorkomt de huurder met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor ex art. 6:174 te belasten, omdat de opgetreden schade niet met de uitoefening van diens bedrijf in verband staat.<sup>285</sup> Hierbij wordt aangetekend dat de bewijslast dat bedoeld verband ontbreekt op bedrijfsmatige gebruiker van de opstal rust.<sup>286</sup> Daaraan zal deze volgens de toelichting niet eenvoudig kunnen voldoen wanneer een fabrieksgebouw niet bestand blijkt tegen het trillen en schokken als gevolg van de daarin verrichte werkzaamheden. In het voetspoor hiervan wordt ook het voorbeeld gegeven van het bezwijken van een hijsbalk van een als pakhuis gebruikt gebouw. Een en ander ligt volgens de toelichting anders in geval van schade door een verborgen gebrek in een gebouw dat bedrijfsmatig wordt gebruikt als plaats om machines te herbergen.<sup>287</sup> De tenzij-clausule maakt duidelijk dat het bedrijfsmatig gebruiken van een opstal alléén onvoldoende is om ingevolge art. 6:181 met de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:174 te worden belast; vereist is voorts dat 'het ontstaan van de schade' met de uitoefening van het bedrijf in verband staat. De wetgever heeft de 'toevallige' bedrijfsmatige gebruiker van een opstal – die met het schadeveroorzakende gebrek niets van doen heeft – willen ontzien. Alleen wanneer het schadeveroorzakende gebrek (voldoende) verband houdt met de wijze waarop de opstal wordt gebruikt, behoort de aansprakelijkheid van art. 6:174 niet op de eigenaar maar ingevolge art. 6:181 op de bedrijfsmatige gebruiker te rusten. Hierin is nadrukkelijk de gedachte te herkennen dat de kwalitatieve aansprakelijkheid telkens behoort te rusten op degene die wordt geacht 'de grootste mate van verantwoordelijkheid' te dragen voor de door de opstal aangerichte schade. Kortom, schade als gevolg van een 'eigen' gebrek van de opstal behoort telkens voor rekening en risico van de bezitter te komen, en alleen door de opstal aangerichte schade veroorzaakt door 'tot de bedrijfsuitoefening te rekenen factoren' valt onder de regel van art. 6:181.<sup>288</sup>

In HR 26 november 2010, *NJ* 2010, 636 (*DB/Edco*) werd zodoende ten faveure van de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal toepassing aan de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 gegeven. In deze zaak stortte het dak van een opslaghal van DB in door overbelasting van het dak wegens een gebrek in de hemelwaterafvoer. Hierdoor ontstond schade aan in de hal opgeslagen goederen van Edco. Laatstgenoemde sprak DB als eigenaar/bezitter van de gebrekkige hal aan ex art. 6:174. DB verweerde zich met de stelling dat de hal ten tijde van de instorting door haar was verhuurd aan DVT voor bedrijfsmatig gebruik, te weten het uitoefenen van een opslagbedrijf. Daarmee rustte de aansprakelijkheid van art. 6:174

---

285 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

286 Zie nader hierover par. 7.6.5.3.

287 Parl. gesch. Boek 6, p. 746, 767; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/238.

288 Vgl. A-G Huydecoper in zijn conclusie sub 17 voor het hierna te bespreken arrest *DB/Edco*.

volgens DB ingevolge art. 6:181 niet op haar maar op DVT. Rechtbank en hof oordeelden echter dat ieder verband tussen de door de instorting van het dak veroorzaakte schade en de bedrijfsuitoefening van DVT (opslag van goederen van derden) ontbrak. Daarmee werd in feitelijke instanties niet DVT als bedrijfsmatige gebruiker van de opstal maar DB als bezitter daarvan aangewezen als degene die de aansprakelijkheid ex art. 6:174 draagt. In cassatie voerde DB aan dat de beschadigde goederen van Edco zich in de betreffende hal bevonden ‘in het kader van’ de uitvoering door DVT van de tussen Edco en DVT gesloten opslagovereenkomst, zodat weldegelijk een verband bestond tussen ‘het ontstaan van de schade’ aan de goederen van Edco en de bedrijfsuitoefening van DVT. Ter beoordeling van deze kwestie verduidelijkte de Hoge Raad allereerst de werking van de tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181, door onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis<sup>289</sup> te overwegen:

‘dat voor het ontbreken van de aansprakelijkheid van degene die in de opstal een bedrijf uitoefent, nodig en toereikend is dat tussen *het ontstaan van het gebrek* en de bedrijfsuitoefening geen verband bestaat.’ (curs. AK)

Het ontstaan van ‘*de schade*’ in de tekst van art. 6:181 lid 1 moet volgens de Hoge Raad gelezen worden als ontstaan van ‘*het gebrek*’.<sup>290</sup> Hierbij tekende hij aan dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 geen uitzondering van praktisch geringe betekenis is of maar een beperkt toepassingsgebied heeft. In dit licht brengt het feit dat de beschadigde goederen in het kader van de opslagovereenkomst in de hal waren opgeslagen, volgens de Hoge Raad niet mee dat reeds op grond daarvan ‘het ontstaan van de schade *in de zin van* art. 6:181 lid 1’ in verband staat met de bedrijfsuitoefening van DVT. Nu de schade het gevolg was van een gebrek in de dakconstructie dat volgens de Hoge Raad ‘niet is veroorzaakt door of in verband staat met’ de bedrijfsuitoefening van DVT, had het hof zijns inziens terecht eigenaar DB ex art. 6:174 als de kwalitatief aansprakelijke aangewezen. Er was sprake van (schade door) een ‘eigen’ gebrek van het gebouw, waarvoor niet de (‘toevallige’) bedrijfsmatige gebruiker maar de eigenaar de ‘verantwoordelijkheid’ droeg. Met het accent op het *gebrek* en niet op de (uiteindelijke) *schade*, biedt de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal een reële mogelijkheid de aansprakelijkheidsdans te ontspringen. De instorting van een dak zal immers veelal losstaan van het bedrijf dat meestal ‘toevallig’ onder dat dak wordt uitgeoefend, waarmee de aansprakelijkheid van art. 6:174 rust op de eigenaar/bezitter.<sup>291</sup>

Inmiddels heeft de Hoge Raad in HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*) de in het arrest *DB/Edco* aan de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 gegeven uitleg gepreciseerd.<sup>292</sup> Allereerst werd overwogen:<sup>293</sup>

289 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

290 Minder juist is zodoende Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA* 2008/38 (*Ontbreken traprede*) waarin het ontstaan van ‘de schade’ (en niet ‘het gebrek’) leidend werd geacht.

291 Harryvan en Oldenhuis 2011/59; Tjon-En-Fa 2011/3; Oldenhuis en Kolder 2012, p. 33.

292 Zie voor een bespreking van dit arrest ook Kolder 2018, p. 9-15.

293 R.o. 5.3.3.



'De zinsnede 'het ontstaan van de schade' is hier te verstaan als *'de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal'*. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen, is hieronder mede begrepen het geval waarin het gaat om de verwezenlijking van een gevaar als gevolg van bestaande eigenschappen van de opstal die deze gezien *het gebruik* dat ervan wordt gemaakt onveilig doen zijn.' (curs. AK)

Vervolgens werd omtrent de eerder in het arrest *DB/Edco* nog aangenomen maatstaf 'het ontstaan van het gebrek' geoordeeld.<sup>294</sup>

'Dit arrest behoeft (...) in zoverre precisering, dat voor het ontbreken van aansprakelijkheid van degene die in de opstal een bedrijf uitoefent, nodig en toereikend is dat tussen *het bestaan* of ontstaan van het gebrek en de bedrijfsuitoefening geen verband bestaat.' (curs. AK)

Waar in het arrest *DB/Edco* nog werd geoordeeld dat 'het ontstaan van de *schade*' uit de wettekst van art. 6:181 lid 1 gelezen moet worden als 'het ontstaan van het *gebrek*', oordeelt de Hoge Raad nu dat 'het ontstaan van de schade' moet worden gelezen als 'de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal'. Voorts verwordt de centrale overweging uit het arrest *DB/Edco*, waaraan de Hoge Raad nog '*het bestaan*' van het gebrek toevoegt, tot een maatstaf ter operationalisering hiervan: de bedoelde verwezenlijking van het gevaar staat (in ieder geval) niet met de bedrijfsuitoefening in verband, indien 'het bestaan of ontstaan van het gebrek' in de opstal niet in verband staat met de uitoefening van het ex art. 6:181 aangesproken bedrijf.

Hiernaast bevestigt de Hoge Raad in algemene zin, in lijn met HR 20 oktober 2000, *NJ 2000/700 (Foekens/Naim)*, dat aan onder 'in de gegeven omstandigheden aan de opstal te stellen eisen' ook het (specifieke) gebruik kan vallen dat daarvan wordt gemaakt.<sup>295</sup> In het arrest *Foekens/Naim* ging het om een op zich deugdelijke loods die (toch) gebrekkig werd geacht, nu deze was voorzien van een soort isolatiemateriaal dat *vanwege de in de opstal verrichte brandgevaarlijke werkzaamheden* als te brandbaar werd aangemerkt. Aldus was de loods 'in de gegeven omstandigheden' gebrekkig, want ongeschikt voor het specifieke gebruik dat daarvan werd gemaakt.

De Hoge Raad wijdde in het arrest *Schavemaker/Planet c.s.* de voornoemde dossieroverstijgende overwegingen aan de toepassing van art. 6:181 en 174 naar aanleiding van een brand in een bedrijfsverzamelgebouw dat bestond uit verschillende bedrijfsunits. De eigenaar hiervan had aangrenzende units verhuurd aan de bedrijven Planet, ARS, Katalyst (hierna: Planet c.s.) en Schavemaker Logistics BV (hierna: Logistics BV). Planet c.s. gebruikte de units voor de opslag van en handel in meubilair, kleding en kopieerapparaten. De door Logistics BV gehuurde unit

<sup>294</sup> R.o. 5.3.4.

<sup>295</sup> R.o. 5.3.2, herhaald in r.o. 5.3.3. Dit sluit aan bij art. 6:186 lid 1 en sub b, waaruit voor afd. 6.3.3 BW volgt dat een product gebrekkig is, indien dit niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder *het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product*. (curs. AK)

werd gebruikt door verschillende zustervennootschappen behorende tot de Schavemaker-groep, waaronder ook Schavemaker Transport BV (hierna: Transport BV). De unit werd in ieder geval gebruikt door Transport BV als constructiewerkplaats voor onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan vrachtwagens en opleggers.<sup>296</sup> Dit betrof werkzaamheden waarbij ook lasapparatuur en slijptollen werden gebruikt. Tussen het dak van het bedrijfsverzamelgebouw en de bovenzijde van de wanden tussen de verschillende units zaten open sleuven voor de ventilatie. Op zeker moment is brand uitgebroken in de door Logistics BV gehuurde unit. De oorzaak was gelegen in een (spontane) kortsluiting in de accubekabeling van een vrachtwagen van Transport BV, die in de constructiewerkplaats was gestald met het oog op een reparatie van het hydraulische systeem. De brand was via de sleuven in de scheidingswanden overgeslagen op andere units, nu daardoor brandbare rookgassen ongehinderd in andere units konden doordringen en ontbranden (ook wel ‘flashover’ of ‘backdraft’ genoemd). Ten gevolge van de brand zijn de door Planet c.s. gehuurde units en alles wat zich daarin bevond volledig verloren gegaan. In cassatie draaide het – voorzover in dit verband relevant – om de vraag of Planet c.s. Logistics BV met succes ex art. 6:181 jo. 174 kon aanspreken als bedrijfsmatige gebruiker van de unit waarin de brand was ontstaan.<sup>297</sup> Planet c.s. meende daarbij dat de schade in haar bedrijfsunit was ontstaan door gebrekkigheid van de door Logistics BV gehuurde unit, en wel vanwege het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen.

De rechtbank oordeelde dat de bewuste unit in zijn algemeenheid wellicht niet als een gebrekkige opstal aangemerkt kan worden, maar wél ‘gelet op het type bedrijfsvoering’ dat in die unit door de Schavemaker-vennootschappen werd uitgeoefend. Nu de ontstane schade aldus verband hield met de bedrijfsactiviteiten van (ook) Logistics BV, wees de rechtbank de tegen haar ex art. 6:181 jo. 174 ingestelde vordering toe. Het hof wees de vordering daarentegen af, nu in zijn ogen een verband ontbrak tussen de ontstane brandschade en de eigen bedrijfsvoering van Logistics BV. Volgens het hof had zij de bewuste unit niet zélf voor brandgevaarlijke werkzaamheden gebruikt, maar ‘slechts’ *toegestaan* dat Transport BV de unit voor dergelijke activiteiten gebruikte.

Plaatsvervangend P-G Langemeijer zat ook op dit spoor, waarbij hij nog wees op het tweede lid van art. 6:181. Hierin is bepaald dat wanneer een opstal bedrijfsmatig wordt gebruikt door deze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander, alleen die *ander* (in dit geval Transport BV) uit hoofde van art. 6:181 aansprakelijk is.<sup>298</sup>

---

296 Rechtbank en hof spreken in de feitenvaststelling ervan dat de door Logistics BV gehuurde unit ‘vooral’ door Transport BV werd gebruikt, en wel als constructiewerkplaats, terwijl de Hoge Raad er meer algemeen van spreekt dat de unit als constructiewerkplaats door de verschillende vennootschappen van de Schavemaker-groep werd gebruikt. Zoals nog zal blijken, zijn in deze kwestie de precieze feitelijke verhoudingen van wezenlijk belang, maar leken deze (ook) in de cassatieprocedure nog niet helder.

297 De aansprakelijkheid van Transport BV als bezitter van de gebrekkige vrachtwagen ex art. 6:173 stond in cassatie bijvoorbeeld niet meer ter discussie.

298 Conclusie sub 3.4. Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 746, waar omtrent art. 6:181 lid 2 wordt aangegeven dat de aansprakelijkheid steeds behoort te rusten op ‘de laatste in de keten’ c.q. de ‘eindgebruiker’.

De Hoge Raad ging echter over tot vernietiging van 's hofs arrest en verwees terug. Na de hiervoor al weergegeven dossieroverstijgende overwegingen, ging de Hoge Raad in op de voorliggende zaak. Hij stelde voorop dat Planet c.s. de aansprakelijkheid van Logistics BV ex art. 6:181 stoelde op een 'gebrekigheid' van de betreffende unit wegens het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen. Daarop heeft het hof volgens de Hoge Raad ten onrechte geoordeeld dat Logistics BV daarvoor ingevolge art. 6:181 niet aansprakelijk is, omdat verband ontbreekt tussen enerzijds haar bedrijfsuitoefening en anderzijds *het ontstaan van de brand* (kortsluiting in de vrachtauto of andere onbekend gebleven oorzaak) en het verdere brandverloop (een 'flashover' of 'backdraft' tussen de units via sleuven in de scheidingswanden). Volgens de Hoge Raad had het hof moeten onderzoeken.<sup>299</sup>

'of de door Planet c.s. geleden schade het gevolg is van de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan het (gestelde) ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen in de door [Logistics BV] gehuurde unit, en of er *voldoende* verband bestaat tussen de verwezenlijking van dat gevaar en haar bedrijfsuitoefening.' (curs. AK)

Voor zover het hof uitsluitend heeft onderzocht of *het ontstaan van de brand* in verband staat met de bedrijfsuitoefening van Logistics BV, is volgens de Hoge Raad een onjuiste, want te beperkte maatstaf aangelegd.<sup>300</sup> Voor zover het hof heeft geoordeeld dat er geen verband bestaat tussen de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen – het overslaan van de brand naar de door Planet c.s. gehuurde units als gevolg van een 'flashover' of 'backdraft' – en de bedrijfsuitoefening van Logistics BV, acht de Hoge Raad dat oordeel gelet op de stellingen van Planet c.s. onvoldoende gemotiveerd. Laatstgenoemde had namelijk onder meer aangegeven dat Logistics BV in de bewuste loods weldegelijk ook zélf brandgevaarlijke activiteiten, zoals reparatiewerkzaamheden en/of de opslag van brandgevaarlijke stoffen, verrichtte.

De uiteindelijke uitkomst van deze procedure betreft vooral nog een feitenkwestie. Na verwijzing zal de wijze van gebruik van de unit door Logistics BV – alsnog – nauwgezet onderzocht moeten worden: verrichtte zijzelf nu ook brandgevaarlijke activiteiten in de loods, of had zij deze daarvoor juist ter beschikking gesteld aan Transport BV? Wat in ieder geval wel al vaststaat, is dat Transport BV brandgevaarlijke activiteiten verrichtte in de door Logistics BV gehuurde unit. Zou na verwijzing blijken dat óók Logistics BV daarin dergelijke activiteiten verrichtte, dan komt een hoofdelijke aansprakelijkheid van beide bedrijven ex art. 6:181 lid 1 jo. 174 (bedrijfsmatige *medegebruikers* van dezelfde unit) geraden voor. Komt evenwel vast te staan dat de *eigen* bedrijfsvoering van Logistics BV geen brandgevaarlijke activiteiten inhield, dan behoort in beginsel alleen Transport

299 R.o. 5.4.2.

300 's Hofs beoordeling lijkt vooral te zijn geënt op de gebrekigheid van de vrachtwagen (art. 6:173 BW), terwijl het ging om de gebrekigheid van de opstal (art. 6:174 BW; het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen) en het daaruit voortvloeiende gevaar (het overslaan van de brand naar andere units).

BV ingevolge art. 6:181 de aansprakelijkheid voor de gebrekkige unit ex art. 6:174 te dragen. In dit laatste geval is sprake van een ‘terbeschikkingstelling’ van de unit door Logistics BV aan Transport BV die valt onder de in *lid 2* van art. 6:181 omschreven situatie,<sup>301</sup> met een (exclusieve) aansprakelijkheid van ‘de laatste in de keten’ tot gevolg. Een redenering zou overigens nog kunnen zijn dat het door een ander (hier: Transport BV) laten gebruiken van de bewuste loods voor brandgevaarlijke werkzaamheden tot voor art. 6:181 relevante bedrijfsactiviteiten van Logistics BV wordt gerekend, met een hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:181 *lid 1* jo. 174 van beide bedrijven tot gevolg. Dit lijkt zich echter wel moeizaam te verhouden tot de bedoeling van de wetgever om ter zake van één gebeurtenis zoveel mogelijk maar bij één (rechts)persoon, de ‘eindverantwoordelijke’, een kwalitatieve aansprakelijkheid te leggen.<sup>302</sup>

De bredere strekking van het arrest *Schavemaker/Planet c.s.* past naadloos bij de in dit proefschrift ontwikkelde gedachte dat de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken in afd. 6.3.2 BW (en ook 6.3.3 BW) steeds behoren te rusten op degene met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen zij beogen te beschermen.<sup>303</sup> Gaat het om opstallen, dan behoort de aansprakelijkheid van art. 6:174 – in plaats van bij de bezitter – bij de bedrijfsmatige gebruiker te rusten, indien het schadeveroorzakende gebrek in (voldoende) verband met diens bedrijfsvoering staat. De wetgever heeft deze verdeling van het aansprakelijkheidsrisico tot uitdrukking gebracht met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1. Daarbij werd gekozen voor het beknopte criterium van ‘het ontstaan van de schade’. De Hoge Raad spreekt nu van ‘de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’, in mijn ogen een scherpere formulering waarmee de kern waarom het gaat – aansprakelijkheid voor het schadeveroorzakende element waartegen art. 6:174 beoogt te beschermen – meer recht wordt gedaan. Degene met de meeste invloed op (schade veroorzaakt door) dát element behoort kwalitatief aansprakelijk te zijn. Hiernaast was het naar mijn idee overigens niet nodig nog betekenis toe te kennen aan het – door de Hoge Raad en passant nog met ‘het bestaan’ van het gebrek aangevulde – criterium uit het arrest *DB/Edco* (‘het ontstaan van het gebrek’), dat toentertijd volgens de Hoge Raad nog de lezing was van het wettelijke ‘het ontstaan van de schade’. Wanneer, zoals de Hoge Raad doet, tóch zelfstandige betekenis wordt toegekend aan het criterium uit het arrest *DB/Edco*, was het in mijn ogen echter niet nodig ‘het ontstaan van het gebrek’ nog uit te breiden met ‘het bestaan’ daarvan. Met een *normatieve* uitleg van het enkele ‘het ontstaan van het gebrek’ is namelijk telkens al de meest aangewezen kwalitatief aansprakelijk te achten, althans wel in de casus waarover de Hoge Raad in *Schavemaker/Planet c.s.* had te oordelen.<sup>304</sup> ‘Het ontstaan’ van het gebrek wordt in deze redenering niet

301 Zie overigens par. 7.7.1, waaruit volgt dat lid 2 van art. 6:181 gemist kan worden nu de gewenste uitkomst al wordt bereikt door de toepassing van het – aan de hand van ‘zeggenschap’ in te vullen – gebruiksbegrip van art. 6:181 *lid 1*.

302 Parl. gesch. Boek 6, p. 746; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8.

303 Zie par. 7.6.1.

304 Zie voor een normatieve uitleg van het in art. 6:174 BW opgenomen gebreksbegrip zelf reeds HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), waarover o.a. Oldenhuis 2011, p. 668-672.

feitelijk of in fysiek opzicht uitgelegd – het gaat niet erom wie ‘verantwoordelijk’ is voor de oorsprong van het gebrek in de zin van het allereerste ontstaan of de allereerste aanwezigheid daarvan –, maar beslissend is wie ‘verantwoordelijk’ is voor het ontstaan van de situatie waarin het gebrek in de opstal schadelijk werd c.q. zich manifesteerde. Zodoende ziet ‘het ontstaan’ van het gebrek niet enkel op gevallen van fysieke veroorzaking van een gebrek door de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal, maar ook op gevallen waarin een bepaalde (hier: brandgevaarlijke) bestemming aan een opstal wordt gegeven die *daardoor* onveilig is/wordt. In de zaak *Schavemaker/Planet c.s.* zou aldus heel wel gezegd kunnen worden dat de gebrekkigheid van de door Logistics BV gehuurde unit (pas) *ontstond* op het moment dat daarin brandgevaarlijke activiteiten werden verricht. Pas toen de loods als constructiewerkplaats en/of voor de opslag van brandgevaarlijke stoffen werd gebruikt, bood deze ‘in de gegeven omstandigheden’ onvoldoende bescherming tegen de gevaren van brand.

Uiteindelijk acht ik de precieze bewoordingen van de kanaliseringconstructie in art. 6:181 lid 1 overigens minder relevant; het gaat om de gedachte die achter deze tenzij-clausule schuilt. Of ter toepassing daarvan nu van een verband tussen de bedrijfsvoering en ‘het ontstaan van de schade’ (wettekst art. 6:181 lid 1 BW), ‘het ontstaan van het gebrek’ (arrest *DB/Edco*), ‘het bestaan of ontstaan van het gebrek’ dan wel ‘de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid’ (het arrest *Schavemaker/Planet c.s.*) wordt gesproken, steeds behoort (ook) de in art. 6:174 opgenomen kwalitatieve aansprakelijkheid te rusten op degene die als ‘hoofd- of eindverantwoordelijke’ heeft te gelden voor de door het gebrek in de opstal aangerichte schade.

#### 7.6.5.2 DE TENZIJ-CLAUSULE VAN ART. 6:181 LID 1 DRUKT UIT WAT AL LIGT BESLOTEN IN DE VUISTREGEL VAN ART. 6:181

Dat in art. 6:181 alleen voor opstallen een afzonderlijke clausule is opgenomen, is verklaarbaar vanuit de idee dat een gebouw of werk in geval van bedrijfsmatig gebruik anders ‘uit handen wordt’ gegeven dan een roerende zaak of dier. Anders dan de bedrijfsmatige gebruiker van een in art. 6:173 bedoelde roerende zaak, handelt een bedrijfsmatige gebruiker van een opstal daarmee niet feitelijk: de opstal biedt doorgaans enkel onderdak voor de eigenlijke bedrijfsactiviteiten.<sup>305</sup> In geval van bedrijfsmatig gebruik zal het dan ook regelmatig voorkomen dat het schadeveroorzakende gebrek in de opstal niet in (voldoende) verband staat met de betreffende bedrijfsuitoefening, terwijl in geval van bedrijfsmatig gebruik van een roerende zaak het relevante verband met het gebrek – het gebruik werkt de kans op schade door een (verborgen) gebrek in de hand – in de regel juist zal zijn gegeven. In geval van schade gedurende het bedrijfsmatige gebruik van opstallen zal de bezitter als aansprakelijke dan ook veel vaker nog een rol spelen dan in geval van schade in het kader van een bedrijfsmatig gebruik van een roerende zaak. Voor de in art. 6:179 bedoelde dieren geldt in dit verband dat een aansprakelijkheid van de

<sup>305</sup> Een uitzondering vormen de zogeheten ‘opstal-werktuigen’, zie par. 7.6.5.9.

in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker – in plaats van die van de bezitter van het dier – nóg sneller is gegeven: niet alleen een feitelijk handelen met het dier maar ook het (enkele) onder zich houden daarvan levert al ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 op.

Hoewel dus wel verklaarbaar, acht ik de voor opstallen in art. 6:181 lid 1 opgenomen tenzij-clausule niet nodig om telkens een aansprakelijkheid van de ‘meest verantwoordelijke’ te bereiken. Het gewenste resultaat wordt al bewerkstelligd door de toepassing van het *gebruiks*begrip in art. 6:181 lid 1. De term ‘gebruik’ wordt immers ingevuld met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element – hier: een gebrek in de opstal – waartegen de betreffende aansprakelijkheid beoogt te beschermen. Zodoende kwalificeert een persoon pas als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van een opstal in de zin van art. 6:181, indien diegene ‘het meest nabij’ is ofwel de meest sprekende band met het schadeveroorzakende gebrek heeft. Aldus valt de ‘toevallige’ gebruiker van een opstal, die niets met ‘het bestaan of ontstaan van het gebrek’ van doen heeft, reeds niet onder het gebruiksbegrip van art. 6:181, met als gevolg dat de aansprakelijkheid rust op de bezitter ex art. 6:174. Kortom, de tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van een opstal ‘billijk’ geachte risicoverdeling wordt niet (alleen) bereikt door de tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181, maar reeds door het gebruiksbegrip van deze bepaling. De uitleg van ‘gebruik’ in de zin van art. 6:181 jo. 174 brengt al mee dat de bezitter alleen dan niet kwalitatief aansprakelijk is, indien de bedrijfsmatige gebruiker ‘een grotere mate van verantwoordelijkheid’ draagt voor het schadeveroorzakende gebrek.

Dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 gemist kan worden, vindt bevestiging in de redactie van de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van ondergrondse werken als bedoeld in art. 6:174 lid 3. Voordat dit ‘nieuwe’ lid 3 per 1 januari 2003 in art. 6:174 werd ingevoegd,<sup>306</sup> was art. 6:174 lid 1 al van toepassing op ondergrondse werken<sup>307</sup> en vielen deze in geval van bedrijfsmatig gebruik onder art. 6:181 lid 1. Niettemin heeft de wetgever gemeend een afzonderlijke aansprakelijkheidsregel voor de bedrijfsmatige gebruiker van een ondergronds werk te moeten geven, waarbij een afwijkend peilmoment is gekozen<sup>308</sup> terwijl art. 6:174 lid 3 ook ziet op schade ontstaan nadat het bedrijfsmatige gebruik gestaakt is.<sup>309</sup> De toelichting vermeldt dat is beoogd de aansprakelijkheid steeds te leggen op ‘*degene die een grotere mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de situatie die aanleiding heeft gegeven voor het ontstaan van schade.*’<sup>310</sup> Niettemin kent art. 6:174 lid 3 geen tenzij-clausule zoals in art. 6:181 lid 1 met betrekking tot bovengrondse opstallen. Desondanks zal in het geval waarin de bedrijfsmatige gebruiker van een ondergronds werk ‘niets van doen’ heeft met het schadeveroorzakende gebrek, een redelijke toepassing van art. 6:174

306 De leden 3-5 van art. 6:174 van destijds werden vernummerd tot de leden 4-6.

307 Onder ‘opstal’ in de zin van lid 1 van art. 6:174 kan mede een ondergronds werk worden verstaan, zie *Kamerstukken II 1998/99, 26219, 3, p. 103.*

308 Niet het moment van de schadeveroorzaking, maar het moment van het bekend worden van de schade.

309 Is het bedrijfsmatige gebruik eenmaal gestaakt, dan ziet art. 6:181 daarop niet (meer).

310 *Kamerstukken II 1998/99, 26219, 3, p. 104.*

lid 3 meebrengen dat deze bepaling buiten toepassing blijft met als gevolg dat de aansprakelijkheid rust op de in art. 6:174 lid 1 bedoelde bezitter. Denk aan de instorting van het ondergrondse werk vanwege een 'eigen gebrek' zoals een constructiefout, in welk geval het niet 'billijk' is de 'toevallige' exploitant daarvoor met een kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten.<sup>311</sup> Art. 6:174 lid 3 illustreert derhalve dat reeds via het gebruiksbegrip de kwalitatieve aansprakelijkheid bij 'de meest relevante laedens' kan worden gelegd, en dat een tenzij-clausule naar het voorbeeld van art. 6:181 lid 1 daartoe kan worden gemist.

Een parallel valt nog te trekken met de verhouding tussen het gebreksvereiste van art. 6:173/174 en de tenzij-formule van deze bepalingen. Ook deze clausule lijkt gezien de *Wilnis*-doctrine geen zelfstandige betekenis (meer) toe te komen.<sup>312</sup> Hoekzema heeft er wel treffend op gewezen dat de tenzij-clausule in art. 6:173/174 niet als 'afzonderlijke clausule' moet worden gezien, maar 'slechts' tot uitdrukking brengt wat 'de grondnorm' van art. 6:173/174 inhoudt.<sup>313</sup> Zo zou ook van de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 gezegd kunnen worden dat deze geen zelfstandige betekenis heeft, maar enkel de grondnorm van art. 6:181, in het bijzonder de toepassing van het gebruiksbegrip, nog eens uitdrukt.

#### 7.6.5.3 DE TENZIJ-CLAUSULE VAN ART. 6:181 LID 1: DE STELPLICHT EN BEWIJSLAST

De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 drukt niet enkel uit dat de aansprakelijkheid voor opstallen steeds op de meest aangewezen aansprakelijke persoon behoort te rusten, maar geeft ook een bijzondere regel van bewijsrecht. De tenzij-clausule kwalificeert daarmee tevens als een geschreven 'bijzondere regel' waaruit een van de hoofdregel van art. 150 Rv afwijkende verdeling van de bewijslast voortvloeit:<sup>314</sup> het is aan een op voet van art. 6:181 aangesprokene die in een gebrekkige/schadeveroorzakende opstal een bedrijf uitoefent om ter bevrijding van aansprakelijkheid aan te tonen dat 'het ontstaan van de schade' *niet* met diens bedrijfsuitoefening in verband staat.<sup>315</sup> Zoals zojuist gezegd, de toepassing van art. 6:181 jo. 174 zónder de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 leidt materieelrechtelijk tot eenzelfde resultaat als mét die clausule: aansprakelijk is steeds de 'meest verantwoordelijke' persoon. Deze clausule lijkt niettemin een zelfstandige functie te hebben, namelijk

311 In deze zin ook Hekster 2003, p. 351-354, die overigens pleit voor het in art. 6:174 lid 3 'inlezen' van een tenzij-clausule naar het voorbeeld van art. 6:181 lid 1. Ik meen als gezegd dat dit gezien de toepassing die aan het 'gebruiksbegrip' van (ook) art. 6:174 lid 3 kan worden gegeven niet nodig is.

312 Zie Oldenhuis en Kolder 2012, p. 24-25, alsmede Oldenhuis en Kolder 2017, p. 48: 'De toets die de tenzij-formule aanlegt is namelijk dezelfde als (reeds) bij de beoordeling van de gebrekkigheid ex art. 6:173/174: of de bezitter bij – zonodig veronderstelde – (feitelijke) bekendheid met het gebrek/gevaar 'foutief' jegens de benadeelde heeft gehandeld ex art. 6:162 BW.'

313 Hoekzema 2016, p. 70.

314 Een ander bekend voorbeeld van een geschreven 'bijzondere regel' is art. 7:658 lid 2, betreffende het door de werkgever te leveren bewijs van de nakoming van zijn zorgplicht.

315 Dit laat overigens onverlet dat conform de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast van een 'gebrek' in de opstal als bedoeld in art. 6:174 in beginsel op de benadeelde rust (vgl. HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*), r.o. 4.1). Evenzo is het de benadeelde die zal moeten aantonen dat de door hem op voet van art. 6:181 aangesprokene in de betreffende opstal ten tijde van de schadeveroorzaking zijn bedrijf uitoefende. Slaagt de benadeelde hierin, dan (pas) komt de bal op grond van de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 bij de bedrijfsuitoefenaar te liggen.

het de benadeelde bieden van een bewijsrechtelijk voordeel. Toch moet de zelfstandige betekenis van de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 (ook) op het gebied van de stelplicht en bewijslast niet overschat worden. Zo is de bewijslast van de benadeelde in geval van schade door een opstal ook buiten deze clausule om desgewenst te verlichten. Ook hier dient het *gebruiksbegrip* van art. 6:181 zich aan. De bewijslast van het feit dat de aangesprokene kwalificeert als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de opstal rust ingevolge art. 150 Rv op de benadeelde. Deze zal, gelet op de invulling van dit begrip aan de hand van zeggenschap, moeten aantonen dat de aangesprokene de grootste mate van zeggenschap had over c.q. invloed had op het schadeveroorzakende gebrek in de opstal. Een verlichting van deze op de benadeelde rustende bewijslast kan desgewenst worden bereikt via een rechterlijk c.q. feitelijk vermoeden<sup>316</sup> dan wel het aannemen van een ‘verzwaarde stelplicht’ van het aangesproken ‘bedrijf’.<sup>317</sup>

Voor wat betreft het eerste mechanisme kan gedacht worden aan de zogeheten *res ipsa loquitur*-redenering: uit de aard van het gebeuren dat de schade heeft veroorzaakt (denk bijvoorbeeld aan de plotselinge instorting van een opstal) kan de oorzaak daarvan worden afgeleid.<sup>318</sup> Wanneer te dien aanzien een bewijsvermoeden wordt aangenomen, is het vervolgens aan de bedrijfsmatige gebruiker dit eventueel te ontzenuwen. Een verschil met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 is wel dat het bewijsrisico dan niet op de bedrijfsmatige gebruiker rust maar blijft liggen bij de benadeelde, maar de vraag is of dat erg is. Bedacht moet namelijk worden dat het hier ‘slechts’ gaat om het bewijs betreffende de ‘wie-vraag’ – is de bedrijfsmatige gebruiker óf de eigenaar/bezitter de aansprakelijke? – en bijvoorbeeld niet om de vraag naar de vestiging van aansprakelijkheid (gebrekigheid), terwijl in de verhouding tussen de bedrijfsmatige gebruiker en ‘achterliggende’ eigenaar/bezitter van de schadeveroorzakende opstal het verweer van de één al gauw tot (uitsluitende) aansprakelijkheid van de ander zal leiden.<sup>319</sup>

Met betrekking tot de ‘verzwaarde stelplicht’ geldt dat van de bedrijfsmatige gebruiker van een schadeveroorzakende opstal (denk wederom aan een plotselinge instorting) in beginsel verlangd zal mogen worden de benadeelde voldoende feitelijke gegevens te verstrekken zodat deze zijn vordering behoorlijk kan onderbouwen. Zo zal de relevante informatie betreffende de (mogelijke) oorzaak van de instorting – informatie betreffende de aard van het in de opstal uitgeoefende bedrijf, de wijze van constructie en inrichting van de opstal, daarbij gebruikte materialen, inspectie en onderhoud van de opstal, keuringsrapporten, etcetera) – zich in de regel niet bij de benadeelde maar ‘in de sfeer van’ de bedrijfsmatige gebruiker bevinden (waaronder begrepen diens ‘achterliggende’ verhouding met de eigenaar of (andere) verhuurder van het gebouw of werk). Voldoet het ex art. 6:181 jo. 174 aangesproken ‘bedrijf’ niet aan zijn ‘verzwaarde stelplicht’, dan

316 Rutgers en Krans 2013, p. 60-62; Thoe Schwartzberg 2013, p. 125-130.

317 Rutgers en Krans 2013, p. 65-68; Thoe Schwartzberg 2013, p. 111-120; Asser Procesrecht/Asser 3 2013/306.

318 Thoe Schwartzberg 2013, p. 130-131. Zie op het terrein van art. 6:174 expliciet Parl. gesch. Boek 6, p. 755, alsook het *Wilnis*-arrest, r.o. 4.4.5. Zie met betrekking tot roerende zaken HR 24 december 1993, *NJ* 1994/214 (*Leebeek/Vrumona*).

319 Vgl. in deze zin *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 11 omtrent de afstemming tussen art. 6:173/181 enerzijds en anderzijds afd. 6.3.3 BW.



is als sanctie een omkering van de bewijslast of een bewijsvermoeden mogelijk dan wel wordt het door de benadeelde gestelde als onvoldoende betwist als vaststaand aangenomen.<sup>320</sup> Ook hier geldt dat een bewijsvermoeden,<sup>321</sup> anders dan de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1, het bewijsrisico bij de benadeelde laat maar zoals gezegd lijkt dat in dit verband (lees: ter zake van de 'wie-vraag') niet onoverkomelijk. De sanctie van een omkering van de bewijslast zou tot hetzelfde resultaat als de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 leiden.

Tot slot zou de wetgever art. 6:181 hebben kunnen invoeren zónder de tenzij-clausule in lid 1, en in de toelichting op deze bepaling hebben kunnen aangeven dat wanneer vaststaat dat sprake is van een benadeelde die schade heeft geleden door een gebrekkige opstal terwijl daarin door een persoon een bedrijf wordt uitgeoefend, het ter bevrijding van aansprakelijkheid zonedig aan die bedrijfsuitoefenaar is aan te tonen dat tussen 'het ontstaan van de schade' en zijn bedrijfsuitoefening geen verband bestaat. Art. 150 Rv laat ruimte voor een dergelijke *ongeschreven* 'bijzondere regel' die een afwijking van de hoofdregel van deze bepaling meebrengt.<sup>322</sup> Kortom, niet alleen de materieelrechtelijke maar ook bewijsrechtelijke functie van de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 zou (reeds) vervuld kunnen worden door het *gebruiks*begrip van diezelfde bepaling.

#### 7.6.5.4 DE TENZIJ-CLAUSULE VAN ART. 6:181 LID 1 ALS INSPIRATIEBRON VOOR HET GEBRUIKSBEGRIP VAN ART. 6:181

Dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 vanwege het gebruiksbebegrip in diezelfde bepaling strikt genomen overbodig is, betekent niet dat hetgeen over deze clausule is gezegd en geschreven zonder betekenis is voor de toepassing van art. 6:181. Wanneer de tenzij-clausule wordt geacht de grondnorm van art. 6:181 met betrekking tot de aansprakelijkheid voor opstallen nog eens uit te drukken, geeft deze clausule richting aan het debat over de toepassing van het gebruiksbebegrip van art. 6:181 in geval van schade door een opstal.

In het arrest *DB/Edco* heeft de Hoge Raad met betrekking tot de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 uitgemaakt dat het wettelijke 'het ontstaan van *de schade*' moet worden gelezen als 'het ontstaan van *het gebrek*', alsmede dat het hof in de voorliggende zaak op goede gronden de eigenaar van de opstal als de kwalitatief aansprakelijke had aangewezen nu het betreffende *gebrek* niet '*is veroorzaakt door*' of '*in verband staat met*' de bedrijfsuitoefening van degene die de opstal ten tijde van de schadeveroorzaking bedrijfsmatig gebruikte. Aansluitend is in het arrest *Schavemaker/Planet c.s.* geoordeeld dat onder het wettelijke 'het ontstaan van de schade' moet worden verstaan '*de verwezenlijking van het gevaar dat is*

320 Rutgers en Krans 2014, p. 67; Thoe Schwartzberg 2013, p. 115.

321 Zie ook Schoonbrood-Wessels 1991, p. 797, die aangeeft dat indien de op voet van art. 6:181 aangesprokene onvoldoende thuis geeft, dit bewijsrechtelijke gevolgen in zijn nadeel kan hebben. Zo geeft zij omtrent een 'redelijke bewijslastverdeling' aan: wanneer niet te achterhalen is wie in concernverband de zaak heeft 'gebruikt' terwijl de betrokken bedrijven nalaten voldoende opheldering te verschaffen, worden, behoudens tegenbewijs, alle bedrijven (hoofdelijk) geacht gebruiker van de zaak te zijn.

322 Rutgers en Krans 2013, p. 51; Thoe Schwartzberg 2013, p. 104-106.

*verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal*’, alsmede dat bedoelde verwezenlijking (in ieder geval) niet met de desbetreffende bedrijfsuitoefening in verband staat, indien ‘*het bestaan* of ontstaan van het gebrek’ in de opstal niet met die bedrijfsuitoefening samenhangt.

Door het accent niet op de ‘schade’ maar op het ‘gebrek’ te leggen, maakt de Hoge Raad duidelijk dat de bedrijfsmatige gebruiker van een gebrekkige opstal met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 een ruimere verweermogelijkheid heeft dan de wettekst op het eerste gezicht doet vermoeden. Er zal immers sneller geen verband bestaan tussen de bedrijfsuitoefening en (de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan) het *gebrek* in de opstal, dan dat geen verband bestaat tussen de bedrijfsuitoefening en het ontstaan van de (uiteindelijke) *schade*. De keuze van de Hoge Raad ligt in lijn met de constatering dat de ‘verantwoordelijkheid’ voor de staat waarin een opstal verkeert in de eerste plaats c.q. nadrukkelijk(er) bij de eigenaar rust, ook indien de opstal voor bedrijfsmatig gebruik aan een ander ‘uit handen’ is gegeven. Voorts sluit zoals reeds gezegd de keuze van de Hoge Raad voor de term ‘gebrek’ beter dan de term ‘schade’ aan bij waar het in dit verband om gaat: aansprakelijkheid voor het schadeveroorzakende element waartegen art. 6:174 beoogt te beschermen. Degene met de meeste invloed op (schade veroorzaakt door) dát element behoort kwalitatief aansprakelijk te zijn.

Ter nadere toelichting van deze gedachte laat ik, niet limitatief bedoeld, in het navolgende nog een aantal praktische voorbeelden van schade door een gebrekkige opstal de revue passeren. Te weten de bedrijfsmatige gebruiker die *niets van doen* heeft met het gebrek, de bedrijfsmatige gebruiker die het gebrek *in fysieke zin* veroorzaakt heeft, de bedrijfsmatige gebruiker die het gebrek *op andere wijze* heeft veroorzaakt, de bedrijfsmatige gebruiker die een *verborgen* gebrek ‘luxeert’, de bedrijfsmatige gebruiker die zich bedient van zogenoemde ‘*opstal-werktuigen*’, alsmede de bedrijfsmatige gebruiker die een *kenbaar* gebrek laat voortbestaan. Hiertoe zij nog opgemerkt dat een aantal van deze door mij onderscheiden gevalstypen op elkaars grensvlak liggen en/of een bepaalde overlap kunnen vertonen.

#### 7.6.5.5 DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER HEEFT NIETS VAN DOEN MET HET GEBREK

De casus in het arrest *DB/Edco* heeft als sprekend voorbeeld te gelden van een ‘toevallige’ gebruiker van een opstal die ‘niets van doen’ heeft met het schadeveroorzakende gebrek. In rechte werd aangenomen dat ‘enig’ verband tussen het gebrek in het dak van de loods (ondeugdelijke hemelwaterafvoer) en de activiteiten van de bedrijfsmatige gebruiker (opslag van goederen) ontbrak. En wanneer ieder verband tussen het gebrek en de bedrijfsuitoefening ontbreekt, staat ook ‘het bestaan of ontstaan van het gebrek’ daarmee niet in verband, evenmin ‘de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’ (vgl. de maatstaf uit het arrest *Schavemaker/Planet c.s.*). In het arrest *DB/Edco* ging het om een gebrek dat als ‘eigen’ gebrek van de opstal is aan te merken, een gebrek dat geen verband houdt met ‘tot de bedrijfsuitoefening te rekenen factoren’. Algemener gesteld, gaat het hierbij doorgaans om onderdelen van een opstal zonder welke deze als onvoltooid kan worden beschouwd dan wel om onderdelen die

'altijd' c.q. ongeacht het soort gebruik dat van de opstal wordt gemaakt aan bepaalde eisen van deugdelijkheid moeten voldoen. Denk behalve het dak aan andere constructieve onderdelen van een opstal als muren, ramen, plafonds, roltrappen, liftinstallaties, de roldeur van een bij het bedrijfspand behorende parkeergarage alsook de reguliere stroom- en warmtevoorziening in een gebouw of werk. Dergelijke onderdelen van een opstal worden in beginsel niet geacht samen te hangen met of onderdeel uit te maken van het (specifieke) bedrijf van de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal: gebreken in bedoelde onderdelen van de opstal vallen in beginsel niet onder de 'verantwoordelijkheid' van de 'toevallige' bedrijfsmatige gebruiker, maar horen als een 'eigen' gebrek van de opstal thuis in de risicosfeer van de eigenaar.

#### 7.6.5.6 DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER HEEFT HET GEBREK IN FYSIEKE ZIN VEROORZAAKT

Het andere uiterste wordt gevormd door de sprekende gevallen waarin een opstal aanvankelijk voldoet aan de daaraan te stellen eisen, maar pas gebrekkig wordt als een fysiek gevolg van de bedrijfsactiviteiten die de gebruiker daarin verricht. Met andere woorden, de bedrijfsactiviteiten van de gebruiker veroorzaken letterlijk een gebrek in de opstal. Denk aan een op zich deugdelijk fabrieksgebouw dat niet bestand blijkt tegen een abnormaal of overmatig trillen en schokken vanwege daarin verrichte werkzaamheden en schade aanricht. Het gebrek is 'veroorzaakt door' de bedrijfsvoering van de gebruiker; 'het ontstaan' van het gebrek staat daarmee in verband, evenzo de verwezenlijking van het gevaar dat aan de gebrekkigheid van de opstal is verbonden. Gedacht kan ook worden aan het geval waarin de bedrijfsmatige gebruiker een gebrek in de opstal 'veroorzaakt' vanwege een door hemzelf aangebrachte ondeugdelijke wijziging of constructie. Ter exploitatie van een garagebedrijf huurt de bedrijfsmatige gebruiker voor onbepaalde tijd een fabriekshal. De exploitant richt in het gehuurde een afgescheiden ruimte in voor de autospuitery. Wanneer de constructie daarvan het plotseling begeeft, behoort de aansprakelijkheid voor de daardoor ontstane schade ex art. 6:174 ingevolge art. 6:181 op de exploitant als 'meest relevante laedens' te rusten.<sup>323</sup> In dit verband kunnen tevens gebreken worden genoemd die ontstaan door slijtage te wijten aan het gebruik dat de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal maakt. De wetsgeschiedenis van de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 bevat het voorbeeld van het bezwijken van een hijsbalk van een als pakhuis gebruikt gebouw. Is het gebrek in de hijsbalk ontstaan door slijtage wegens het gebruik dat de bedrijfsmatige gebruiker daarvan maakt, dan is de schade veroorzaakt door 'tot de bedrijfsuitoefening te rekenen factoren'. Hier is geen sprake van een 'toevallige' gebruiker die niets met het schadeveroorzakende gebrek van doen heeft. 'Het ontstaan' van het gebrek hangt samen met de bedrijfsactiviteiten. Oftewel, tussen de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid en de activiteiten van de

<sup>323</sup> De constructie zal, ondanks dat het huren niet oneindig zal zijn, m.i. kwalificeren als opstal in de zin van art. 6:174 (bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven) en niet als roerende zaak in de zin van art. 6:173.

bedrijfsmatige gebruiker bestaat voldoende verband.<sup>324</sup> In deze richting wijst ook dat een gebrek door ‘normale’ slijtage geen gebrek in de zin van art. 6:186 oplevert (lees: geen ‘eigen’ gebrek van het product).<sup>325</sup> De aansprakelijk rust niet op de producent van de zaak maar op de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker uit art. 6:173 of 181, omdat het gebrek geacht wordt te zijn *veroorzaakt door* het gebruik dat deze persoon van de zaak heeft gemaakt.<sup>326</sup>

Ik merk nog op dat wanneer een bedrijfsmatige gebruiker een gebrek in de opstal heeft veroorzaakt dat pas schadelijk wordt *nadat* zijn gebruik reeds is gestaakt, de aansprakelijkheid voor die schade ex art. 6:174 op de bezitter rust.<sup>327</sup> Als peilmoment heeft namelijk het moment van de schadeveroorzaking te gelden, terwijl de aansprakelijkheid van art. 6:174 in beginsel geldt ongeacht de oorzaak van de gebrekkige toestand waarin de opstal verkeert en zodoende mede ziet op gebreken die door een ander zijn veroorzaakt.<sup>328</sup>

#### 7.6.5.7 DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER HEEFT HET GEBREK OP ANDERE WIJZE VEROORZAAKT

Naast de gevallen van ‘fysieke’ veroorzaking, kan de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal deze ook ‘op andere wijze’ gebrekkig doen zijn. Een sprekend geval betreft de situatie waarin de bedrijfsmatige gebruiker in verband met zijn bedrijfsvoering aan de opstal een *andere* bestemming dan voorheen geeft en de opstal vanwege de veranderde bestemming niet meer aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Hiervan biedt het arrest *Schavemaker/Planet c.s.* een voorbeeld. Een bedrijfsunit zónder brandwerende voorzieningen is niet gebrekkig wanneer de daarin verrichte activiteiten bestaan uit de opslag en handel in ‘onschuldige’ goederen als kleding, terwijl diezelfde unit *niet* aan de daaraan te stellen eisen voldoet wanneer daarin brandgevaarlijke activiteiten worden verricht. Alleen in het laatste geval is de unit ‘in de gegeven omstandigheden’, namelijk vanwege het specifieke (gevaarzettende) gebruik dat daarvan werd gemaakt, ondeugdelijk en wel omdat deze (alleen) in dát geval een te geringe bescherming bood tegen de gevaren van brand. De Hoge Raad overwoog in het arrest *Schavemaker/Planet c.s.* in algemene zin dat onder de ‘in de gegeven omstandigheden aan de opstal te stellen eisen’ ook valt *het gebruik* dat van de opstal wordt gemaakt, zodat

324 Althans deze zal niet kunnen aantonen dat bedoeld verband ontbreekt. Een treurig voorbeeld biedt in dit verband de exploitant van het zwembad in Tilburg, waar in 2011 plotseling twee geluidsboxen van het plafond naar beneden vielen en een zeer jonge bezoeker dodelijk werd getroffen. Duidelijk werd dat te wijten aan de van het zwembadwater afkomstige chloordampen de dragers van de boxen waren doorgeroest. Zie <https://nos.nl/artikel/2115518-gemeente-tilburg-schuldig-aan-dood-baby-in-zwembad.html>.

325 Lankhorst, *T&C BW* (2017), commentaar op art. 6:186, aant. 4. Gewezen wordt op art. 6:186 lid 1 en sub b, waaruit volgt dat een product gebrekkig is, indien dit niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder *het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product*. (curs. AK)

326 Bauw 2015, p. 99.

327 Zie voor ondergrondse werken art. 6:174 lid 3, laatste zin, waarin een aan de laatste bedrijfsmatige gebruiker ‘klevende aansprakelijkheid’ is opgenomen ingeval het gebruik is gestaakt.

328 Parl. gesch. Boek 6, p. 755. Mogelijk kan de eigenaar wel een (contractuele) regresactie plegen op de voormalige bedrijfsmatige gebruiker van zijn opstal.

de gebrekkigheid van een opstal ook gelegen kan zijn in eigenschappen die deze *gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt* onveilig doet zijn.<sup>329</sup> Zo werd ook in HR 20 oktober 2000, *NJ 2000/700 (Foekens/Naim)* een op zich deugdelijke loods gebrekkig geacht, omdat deze was voorzien van een soort isolatiemateriaal dat *vanwege de in de opstal verrichte brandgevaarlijke werkzaamheden* als te brandbaar had te gelden. De loods was 'in de gegeven omstandigheden' gebrekkig, want ongeschikt voor het specifieke gebruik dat daarvan werd gemaakt.<sup>330</sup> De Hoge Raad oordeelde in dit arrest reeds in algemene zin dat 'gebrekkigheid' als bedoeld in art. 6:174 aan de orde is 'in alle gevallen' waarin een opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, waaronder ook valt het (specifieke) gebruik dat van de opstal wordt gemaakt.<sup>331</sup> Een ander voorbeeld biedt Rb. Groningen 5 september 2007, *JA 2007/167 (Discotheek Bermuda)*, waarin een bezoeker van een bar/dancing over een 90 cm hoog hekwerk viel en terecht kwam op de 9 meter daaronder gelegen dansvloer. De bar/dancing was volgens de rechtbank gebrekkig in de zin van art. 6:174, omdat het hekwerk niet afdoende valbeveiliging bood. Stel dat deze opstal met een relatief lage reling als valbescherming normaliter door de eigenaar werd gebruikt als kantoorgebouw, maar op zeker moment aan een ander werd verhuurd die in het pand de betreffende discotheek is gaan exploiteren. Hoewel deze bedrijfsmatige gebruiker het betreffende gebrek niet fysiek heeft veroorzaakt, staat dit wel in verband met zijn specifieke gebruik van de opstal *als discotheek* en behoort hij aldus de aansprakelijkheid ex art. 6:174 te dragen.<sup>332</sup>

Voor de zojuist genoemde gevallen was het, zoals is geschied in het arrest *Schavemaker/Planet c.s.*, overigens niet nodig het arrest *DB/Edco* te preciseren ('het bestaan' van het gebrek toevoegen aan 'het ontstaan' van het gebrek). Wanneer een bepaalde, gevaarzettende bestemming aan een opstal wordt gegeven die *daardoor* te onveilig wordt, kan immers aangenomen worden dat de gebrekkigheid van de opstal (pas) 'ontstaat' op het moment dat die betreffende activiteiten in de opstal worden verricht.

329 R.o. 5.3.2, herhaald in r.o. 5.3.3.

330 Treffend is overigens dat Foekens – en niet eigenaar Metals BV die haar loods ter beschikking had gesteld – ex art. 6:181 jo. 174 aansprakelijk werd geacht zónder dat (kenbare) aandacht werd besteed aan de tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181.

331 R.o. 3.5.

332 In dit perspectief past ook Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1182 (*Bierfeest*), over de gebrekkigheid van een opstal die als partycentrum werd geëxploiteerd (r.o. 4.19): 'De slotsom is dat de aanwezigheid van een muurtje op deze hoogte en op deze plaats *in een zaal die gebruikt wordt als dansaal* naar het oordeel van het hof een gevaarlijke situatie in het leven roept, te weten de situatie dat een 'feestganger' het muurtje niet in de gaten heeft en erover valt.' (curs. AK). Zie tevens Hof Den Bosch 2 juli 2013, *JA 2013/159 (Bierfusten)*, waarin een huurder in een pand uit 1930 een cafébedrijf exploiteert. Een bezorger van bierfusten viel van de trap toen hij deze in de kelderruimte van het pand wilde plaatsen. Geoordeeld werd dat de trap geschikt was als trap c.q. om zonder gevaar naar de kelder te lopen, maar dat deze ongeschikt was voor het vervoer van zware fusten. Een gebrek dat volgens het hof opgeheven zou kunnen worden door het plaatsen van een transportglijbaan. In Rb. Utrecht 16 januari 2008, *JA 2008/38 (Ontbreken traprede)* ging het daarentegen om een trap die niet geschikt was als trap. Alsdan is sprake van een 'eigen' gebrek van de opstal en behoort de eigenaar de kwalitatief aansprakelijke te zijn.

## 7.6.5.8 DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER ‘LUXEERT’ EEN VERBORGEN GEBREK

Naast het ‘fysiek’ of ‘op andere wijze’ *veroorzaken* van het gebrek, kan het schadeveroorzakende gebrek in de opstal ook anderszins in (voldoende) verband staan met de bedrijfsuitoefening van de gebruiker voor de toepassing van art. 6:181. Gedacht kan mijns inziens worden aan de situatie waarin een opstal die voor bedrijfsmatig gebruik ter beschikking wordt gesteld reeds behept is met een *verborgen* gebrek en dit gebrek zich openbaart c.q. wordt ‘geluxeerd’ in verband met het bedrijfsmatige gebruik dat van de opstal wordt gemaakt. Er is in andere woorden als het ware sprake van een ‘sluimerend’ gebrek in de opstal dat ‘getriggerd’ wordt door het desbetreffende bedrijfsmatige gebruik. Denk wederom aan het plotseling neerstorten van een hijsbalk van een als pakhuis gebruikt gebouw, zij het nu echter omdat deze van binnen onverwachts verrot bleek. Van de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal zou weliswaar gezegd kunnen worden het gebrek niet ‘veroorzaakt’ te hebben, maar zijn aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 174 komt mij toch geraden voor. Er is geen sprake van een ‘toevallige’ gebruiker die niets met het schadeveroorzakende gebrek van doen heeft: het gebrek manifesteert zich immers juist vanwege de (specifieke) wijze waarop de bedrijfsuitoefenaar de opstal gebruikt. Of in termen van het arrest *Schavemaker/Planet c.s.*: ‘de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’ staat (voldoende) met de uitoefening van het bedrijf in verband. Dit is anders indien een *voormalig* pakhuis met een (verborgen) gebrekkige hijsbalk wordt gebruikt als kantoorruimte. Wanneer de hijsbalk *dán* plotseling neerkomt, is *wél* sprake van een ‘toevallige’ gebruiker die niets van doen heeft met het schadeveroorzakende gebrek. De hijsbalk is geen onderdeel gaan uitmaken van de bedrijfsvoering van de gebruiker van de opstal.

Een ander voorbeeld van een aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal voor gebreken die deze niet zelf ‘veroorzaakt’ heeft, biedt een verborgen gebrek dat is ontstaan in een hijsbalk van een pakhuis (mede) vanwege het gebruik dat een *eerdere* exploitant daarvan heeft gemaakt. Openbaart dit gebrek zich (pas) gedurende het gebruik van de hijsbalk door een opvolgend bedrijfsmatige gebruiker, dan zal deze laatste ingevolge art. 6:181 de aansprakelijkheid van art. 6:174 daarvoor hebben te dragen. ‘De verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’ hangt ook nu (voldoende) samen met de (specifieke) wijze waarop de opvolgend exploitant de opstal gebruikt.

Ter illustratie noem ik in dit verband ook de ingeschakelde monteur die steken laat vallen bij een onderhoudsbeurt van een – als bestanddeel van de opstal –<sup>333</sup> *onroerende* machine. Wanneer de bedrijfsmatige gebruiker na vertrek van de monteur het productieproces opstart, ontploft de machine. Het gebrek in de

---

333 Een in art. 6:174 bedoelde opstal is ingevolge art. 6:174 lid 4 jo. 3:3 lid 1 steeds onroerend. Ook bestanddelen van een zaak die als opstal is aan te merken (vgl. art. 3:4), vallen onder de werkingssfeer van art. 6:174. Apparatuur is bestanddeel van een gebouw indien ‘gebouw en apparatuur in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd’ of als ‘het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als fabrieksgebouw bij ontbreken van de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd’. Gedacht kan worden aan onderdelen van een gebouw als liften, roltrappen, dakpannen en brandladders. Zie Spier 2015, p. 111, alsook Bauw 2015, p. 27-28.

opstal is weliswaar niet door de bedrijfsmatige gebruiker zelf 'veroorzaakt', maar staat wel in (voldoende) verband met diens bedrijfsuitoefening.<sup>334</sup> Ziet de ondeugdelijke reparatie door het onderhoudsbedrijf evenwel niet op een machine maar op een constructief onderdeel als het dak van het bedrijfsgebouw, dan staat het gebrek in mijn ogen niet in (voldoende) verband met het gebruik van de opstal als bedrijf maar met het gebouw *als zodanig*. Een dergelijk 'eigen' – in de zin van *niet* tot de bedrijfsuitoefening te rekenen factoren – gebrek van de opstal valt niet binnen de risicosfeer van de 'toevallige' bedrijfsmatige gebruiker maar in die van de eigenaar van het gebouw of werk.<sup>335</sup>

Denk in dit verband ook aan de loods uit het arrest *Foekens/Naim*. Stel dat deze vóór de schadelijke brand al lange tijd fungeerde als locatie waar brandgevaarlijk werk werd verricht: van de loods is dan te zeggen dat deze, gelet op het in de loods verwerkte brandbare isolatiemateriaal, al die tijd al gebrekkig was. Zou Foekens BV in deze situatie de loods op zeker moment evenzeer voor brandgevaarlijk werk hebben gebruikt (lees: een onveranderde bestemming) en zou dan (pas) zijn gebleken dat deze daarvoor vanwege haar (verborgen) eigenschappen niet geschikt was, dan heeft Foekens BV het gebrek in de opstal weliswaar niet 'veroorzaakt' maar stond de manifestatie daarvan niettemin in verband met haar (specifieke) bedrijfsuitoefening.

In het zojuist geschetste perspectief past ook dat de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal niet alleen aansprakelijk kan zijn voor schadeveroorzakende gebreken ontstaan door normale slijtage maar ook voor schade door gebreken wegens *bovenmatige* slijtage. Hoewel een dergelijk (verborgen) gebrek vermoedelijk door een ander dan de bedrijfsmatige gebruiker – denk aan de producent van de zaak –<sup>336</sup> zal zijn veroorzaakt, hangt de manifestatie van het gebrek toch (voldoende) samen met de bedrijfsuitoefening van de gebruiker.<sup>337</sup>

Ook met het oog op de hier besproken gevallen was het niet noodzakelijk 'het ontstaan' van het gebrek uit het arrest *DB/Edco* uit te breiden met 'het bestaan' daarvan. Het criterium 'het ontstaan van het gebrek' uit het arrest *DB/Edco* is – in plaats van taalkundig of feitelijk – *normatief* uit te leggen: beslissend is niet wie verantwoordelijk is voor de 'oorsprong' van het gebrek, in de zin van het allereerste ontstaan of de allereerste aanwezigheid daarvan, maar wie 'verantwoordelijk' is voor de situatie waarin het gebrek in de opstal schadelijk werd.

334 Vgl. ook hier Parl. gesch. Boek 6, p. 755, waaruit volgt dat art. 6:174 mede een aansprakelijkheid inhoudt voor fouten van anderen bestaande uit het creëren of laten voortbestaan van een gebrek.

335 In de beide zojuist genoemde gevallen van een ondeugdelijke reparatie is ex art. 6:162 en/of art. 6:74 ook een aansprakelijkheid van of regresactie jegens de 'foutief' handelende monteur denkbaar.

336 Volgens art. 6:186 kan bovenmatige slijtage gebrekkigheid van de zaak als bedoeld in afd. 6.3.3 BW opleveren (het product was bij het in verkeer brengen al te slijtagegevoelig), zie Stolker, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:186, aant. 2.4.2.

337 Wel is ook een aansprakelijkheid van of regresactie jegens de producent denkbaar. Zie ook par. 3.5.3.2, waaruit blijkt dat de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:181 jo. 174 en die van afd. 6.3.3 BW – in tegenstelling tot die van art. 6:181 jo. 173 en afd. 6.3.3 BW – kunnen cumuleren.

## 7.6.5.9 ‘OPSTAL-WERKTUIGEN’

Dat de bedrijfsmatige gebruiker ook aansprakelijk behoort te zijn voor *verborgen* gebreken in een opstal die hijzelf niet heeft ‘veroorzaakt’ maar die zich niettemin in verband met zijn bedrijfsuitoefening manifesteren, laat zich nader illustreren aan de hand van hetgeen ik het bedrijfsmatige gebruik van ‘*opstal-werktuigen*’ noem. Bepaalde (onroerende) zaken zoals de zojuist al genoemde neerkomende hijsbalk en ontploffende machine vertonen gelijkenis met werktuigen die *roerend* zijn en onder het regime van art. 6:173 vallen. Het aansprakelijkheidsregime van art. 6:173 houdt als reeds gezegd in dat degene die *feitelijk handelt met* een roerende zaak wordt geacht het aansprakelijkheidsrisico van schade in geval van een verborgen gebrek te hebben aanvaard: voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de gebruiker het gebrek in de roerende zaak heeft ‘veroorzaakt’. De voornoemde hijsbalk en machine kenmerken zich doordat zij enerzijds – als bestanddeel van een opstal – onroerend zijn (art. 6:174) en anderzijds als bedrijfsmiddel worden gebruikt door daarmee feitelijk te handelen als ware sprake van een roerende zaak (art. 6:173). Dergelijke door art. 6:174 bestreken *onroerende* zaken zijn in feite te beschouwen als ‘opstal-werktuigen’. Denk verder ook aan de bovenloopkraan die aan het plafond van een productiehal is bevestigd, een hydraulische hefbrug die in een garagebedrijf is geïnstalleerd of aan andere in een fabriekshal aard en nagelvast aangebrachte werktuigen. Van deze ‘werktuigen’ die tot een opstal gerekend worden,<sup>338</sup> is de *opstal in eigenlijke zin* te onderscheiden. Met dit laatste doel ik op de hiervoor al aangestipte constructieve onderdelen zonder welke een opstal als onvoltooid kan worden beschouwd dan wel om onderdelen die ‘altijd’ c.q. ongeacht het gebruik van de opstal aan bepaalde eisen van deugdelijkheid moeten voldoen (daken, muren, ramen, plafonds, liftinstallaties, en dergelijke). Deze zaken worden niet geacht samen te hangen met of onderdeel uit te maken van het (specifieke) bedrijf van de gebruiker van de opstal en vallen in beginsel niet onder zijn ‘verantwoordelijkheid’. Een bestanddeel van een opstal dat doorgaat voor ‘opstal-werktuig’ wordt wél specifiek ingezet voor de bedrijfsvoering en daar wordt ook feitelijk mee gehandeld. Niet alleen een feitelijk handelen met een werktuig dat roerend is (art. 6:173) maar ook een feitelijk handelen met een ‘opstal-werktuig’ (art. 6:174) vergroot de kans op schade door een (verborgen) gebrek in dit werktuig. In beide gevallen kan de bedrijfsmatige gebruiker derhalve geacht worden het aansprakelijkheidsrisico van schade door een (verborgen) gebrek in de zaak te hebben aanvaard.<sup>339</sup> Voordeel van deze gelijkschakeling is dat de soms lastige discussie over de vraag of het schadeveroorzakende ‘werktuig’ nu roerend of onroerend is, niet gevoerd hoeft te worden. Bovendien wordt zodoende bewerkstelligd dat ongeacht de toevallige omstandigheid of een werktuig al dan niet kwalificeert als (bestanddeel van) een opstal, hetzelfde aansprakelijkheidsregime geldt.

338 Op grond van art. 3:3 en 3:4 jo. art. 6:174 lid 1 en lid 4.

339 Voor roerende zaken geldt nog dat het onder zich hebben *met het oog op* dan wel *na afloop van* het eigenlijke gebruik evenzeer ‘gebruik’ ex art. 6:181 oplevert. Zie par. 7.6.2. Dit zal in vergelijkbare zin gelden voor ‘opstal-werktuigen’ die zich vóór of ná het eigenlijke gebruik binnen het bedrijf bevinden.



7.6.5.10 DE BEDRIJFSMATIGE GEBRUIKER LAAT EEN KENBAAR GEBREK  
VOORTBESTAAN

Andere gevallen waarin het gebrek niet door de bedrijfsmatige gebruiker is 'veroorzaakt' maar het gebrek voor de toepassing van art. 6:181 wel in (voldoende) verband staat met diens bedrijfsuitoefening, worden mijn inziens gevormd door situaties van *kenbaar* aan een opstal verbonden gebreken/gevaren. Een voorbeeld biedt Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429 (*Zaalvoetbal*). In deze zaak stelde de gemeente Tiel haar sporthal op grond van een beheers- en exploitatieovereenkomst ter beschikking aan Sportfondsen Tiel BV. Tijdens een zaalvoetbalwedstrijd liep vervolgens een deelnemer letsel op door hard in aanraking te komen met de achterwand van de sporthal achter het doel. Volgens de benadeelde was de opstal gebrekkig omdat de obstakelvrije uitloopruimte te beperkt was. In zijn ogen had met het oog op een voldoende uitloopruimte geen zaalvoetbalveld van 40x20 meter maar van 38x8 meter aangelegd moeten worden, dan wel hadden de steenmuren bekleed moeten worden. De gemeente had de sportschool laten bouwen en op enig moment ter exploitatie verhuurd aan Sportfondsen Tiel BV. De ex art. 6:174 aangesproken gemeente verweerde zich met de stelling dat de opstal ten tijde van het ongeval bedrijfsmatig werd gebruikt door Sportfondsen Tiel BV, zodat ingevolge art. 6:181 deze laatste is belast met de aansprakelijkheid van art. 6:174.<sup>340</sup> Op wie moeten, uitgaande van gebrekkigheid, de pijlen op kwalitatieve grondslag nu worden gericht?

Er is sprake van een voor (de eigenaar en) de bedrijfsmatige gebruiker *kenbare* feitelijke constellatie. Het gaat niet om een *verborgen* gebrek in de opstal dat zich gedurende het bedrijfsmatige gebruik onverwachts openbaart, evenmin is sprake van een gebrek in de opstal dat de exploitant zelf 'veroorzaakt heeft' (in fysieke zin of door een andere bestemming aan de opstal te geven). De exploitant laat de staat waarin de opstal ter beschikking is gesteld door de eigenaar/verhuurder (inclusief eventueel gebrek) in tact, terwijl zijn gebruik van de opstal overeenstemt met het doel waarvoor deze (altijd) bestemd is (geweest) of welke zelfs is voorgeschreven.<sup>341</sup> Vindt een ongeval plaats in de sporthal omdat de sportinrichting ondeugdelijk bleek, dan heeft de exploitant het gebrek in de opstal niet zozeer 'veroorzaakt' maar veeleer een gebrekkige/gevaarlijke situatie in stand gehouden c.q. *laat voortbestaan*.<sup>342</sup> Ook in een dergelijk geval staat de gebrekkigheid van de

340 Aanvankelijk werd in een deelgeschilprocedure alleen de gemeente aangesproken. De rechtbank meende evenwel dat niet zij maar de exploitant ingevolge art. 6:181 de ex art. 6:174 aan te spreken persoon was. Ook de claim ex art. 6:162 jegens de gemeente wees de deelgeschilrechter af, omdat niet de gemeente maar de exploitant werd geacht de wijze van exploiteren van de sporthal te bepalen. In de daarop volgende bodemzaak werd ook de exploitant gedagvaard. Daarin werden de afwijzende beslissingen omtrent de aansprakelijkheid van de gemeente gehandhaafd. De vorderingen ex art. 6:162 en art. 6:181 jo. 174 jegens de exploitant werden eveneens afgewezen bij gebreke van schending van een zorgplicht en gebrekkigheid van de opstal. In hoger beroep liet het hof vooralsnog in het midden wie op welke grondslag eventueel aansprakelijk kan zijn; het wenste eerst te worden voorgelicht door een deskundige.

341 Blijft degene die de opstal aan een ander ter beschikking stelt over de exploitatie daarvan een zekere of zelfs overheersende zeggenschap behouden, dan acht ik een cumulatieve aansprakelijkheid van beiden of zelfs een exclusieve aansprakelijkheid van eerstgenoemde ex art. 6:181 jo. 174 niet uitgesloten.

342 Heeft de gemeente daarentegen een 'lege' (sport)hal ter beschikking gesteld aan de exploitant, waarna deze vervolgens zelf de inrichting (belijning, plaatsing doelen, bekleding achterwanden) van de accommodatie bepaalt, dan heeft laatstgenoemde het gebrek 'veroorzaakt' en is de exploitant om die reden de 'verantwoordelijke' ex art. 6:181 jo. 174. Zie par. 7.6.5.6.

opstal naar mijn mening in (voldoende) verband met zijn bedrijfsuitoefening.<sup>343</sup> Het gebrek in de opstal (en de verwezenlijking van het daardoor gecreëerde gevaar bij het sporten) hangt immers samen met het *specifieke* gebruik dat daarvan door de exploitant wordt gemaakt (het faciliteren van sportbeoefening). Laat de exploitant na eventuele gebreken/gevaren weg te nemen die aan een veilige sportbeoefening in de weg staan, dan voldoet in geval van een ongeval de opstal niet aan de *voor het gebruik daarvan* te stellen eisen. Of in termen van het arrest *Schavemaker/Planet c.s.*: ‘de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’ staat in (voldoende) verband met de bedrijfsuitoefening. Een aansprakelijkheid van de exploitant in dit geval past bij de gedachte dat de ‘professional’ die ervoor kiest een opstal als sporthal te exploiteren, in de eerste plaats ook verantwoordelijk is voor een veilige exploitatie. Wanneer de exploitant ten onrechte niet ingrijpt en daarmee sporters blootstelt aan gevaren die redelijkerwijs niet verantwoord zijn, heeft hij als de meest aangewezen aansprakelijke persoon te gelden, óók op het terrein van art. 6:174 (jo. 181).<sup>344</sup> De aansprakelijkheid uit dit artikel berust als eerder gezegd in wezen immers op de gedachte dat het onrechtmatig zou zijn jegens degene die gevaar loopt om de *bestaande* toestand onveranderd te laten.<sup>345</sup>

In dit perspectief past Hof Amsterdam 5 april 2001, *VR 2002/93 (Drakenburgh/De Hoog)*, waarin een bezoeker van een conferentiecentrum tegen een glazen schuifpui aanliep waarop geen merkteken of waarschuwing was aangebracht. De eigenaar van het conferentiecentrum had deze opstal voor bedrijfsmatig gebruik verhuurd aan een ander ter exploitatie. De door de benadeelde op grond van art. 6:181 jo. 174 aangesproken exploitant verweerde zich volgens zowel de rechtbank als het hof tevergeefs door te verwijzen naar de verhuurder/eigenaar. Het hof overwoog dat art. 6:181 beoogt uitsluitend het risico van een gebrek aan een opstal voor rekening van de eigenaar te doen komen ‘indien dit gebrek geen verband houdt met het gebruik hiervan’. Een dergelijke situatie deed zich in dit geval niet voor, aldus het hof. Het hof achtte de opstal namelijk ‘gebrekig’ omdat een schuifpui van doorzichtig glas zonder waarschuwingstekens in een conferentieoord gevaarlijk is en dat het op de weg van de exploitant had gelegen daarvoor adequate ‘tegenmaatregelen’ te treffen. Nu zij dit niet had gedaan, voldeed de opstal volgens het hof niet ‘aan de voor het gebruik daarvan te stellen eisen’.<sup>346</sup>

343 Vgl. hier ook het zojuist (par. 7.6.5.7) al genoemde Hof Den Bosch 2 juli 2013, *JA 2013/159 (Bierfusten)*. Zou het gehuurde pand al geruime tijd een horecabestemming hebben gehad, dan heeft de huurder die deze bestemming voortzette het gebrek – een trap zonder transportbaan voor bierfusten – niet ‘veroorzaakt’, maar staat de omstandigheid dat de opstal in de gegeven omstandigheden niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet wel in verband met diens (specifieke) bedrijfsvoering, te weten de exploitatie van de opstal als cafébedrijf.

344 Dit laat de mogelijkheid van een vordering ex art. 6:162 tegen de eigenaar onverlet. Wellicht dat het verweer van de eventueel op kwalitatieve grondslag aangesproken bedrijfsmatige gebruiker van de opstal daartoe bepaalde aanknopingspunten biedt.

345 Parl. gesch. Boek 6, p. 755. Zie voorts Parl. gesch. Boek 6, p. 756. Zie ook de conclusie van A-G Hartlief voor HR 7 oktober 2016, *NJ 2017/73*, m.nt. Spier (*Stroomkabels*), sub 4.5.

346 In dit perspectief past ook Hof 22 augustus 2017, *ECLI:NL:GHDHA:2017:2331 (Tribunetrap)*, over een tribunetrap in een sporthal die gebrekkig werd geacht vanwege een ‘afwijkende’ trede in het looppad. Dit betrof een voor de exploitant *kenbare* feitelijke constellatie waarop door hem niet was ingegrepen om valpartijen te voorkomen.

Hoewel bij de zojuist beschreven gevallen van het *laten voortbestaan* van een gebrek 'het bestaan' van het gebrek beter past dan 'het ontstaan' van het gebrek, was het ook daarvoor niet nodig 'het ontstaan' van het gebrek uit het arrest *DB/Edco* uit te breiden met 'het bestaan' daarvan. Een normatieve uitleg van 'het ontstaan van het gebrek' brengt hier mee dat wanneer in de loop der tijd sprake is van opvolgend bedrijfsmatige gebruikers en steeds ontstaan nieuwe ongevallen door *dezelfde* gebrekkige inrichting, het(zelfde) schadeveroorzakende gebrek telkens na iedere wisseling van de wacht in de exploitatie kan worden geacht opnieuw te zijn ontstaan. Hoewel de feitelijke 'oorsprong' van het gebrek in een ver verleden kan liggen, kan iedere benadeelde op voet van art. 6:181 jo. 174 zodoende terecht bij de feitelijke exploitant op het moment van zijn 'eigen' ongeval – degene die ten tijde van het ongeval 'verantwoordelijk' was voor een veilige exploitatie.

Afrondend breng ik in herinnering dat voor het resultaat van telkens de 'meest verantwoordelijke' als de ook voor de door de opstal aangerichte schade kwalitatief aansprakelijke, de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 niet nodig is: de door mij voorgestane invulling van het 'gebruiksbegrip' van art. 6:181 lid 1 (aan de hand van 'zeggenschap') biedt daarvoor reeds de benodigde ruimte.<sup>347</sup> Dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 zodoende zelfstandige betekenis ontbeert, brengt mij tegelijkertijd bij het volgende: de vraag naar de zelfstandige betekenis van de leden 2 en 3 van art. 6:181.

## 7.7 Meerdere bedrijfsmatige gebruikers

### 7.7.1 Lid 2 van art. 6:181 drukt uit wat al ligt besloten in de vuistregel van art. 6:181

Lid 2 van art. 6:181 beoogt te bewerkstelligen dat in geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers, in die zin dat het ene bedrijf een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak ter beschikking stelt voor bedrijfsmatig gebruik door een ander, alleen deze ander met de kwalitatieve aansprakelijkheid is belast. Een dergelijke kanalisering van de aansprakelijkheid naar de laatste in de keten c.q. de 'eindgebruiker' is goed te begrijpen vanuit de gedachte dat de kwalitatieve aansprakelijkheid steeds behoort te rusten op degene die 'de meest sprekende band' met de aan de zaak verbonden risico's heeft. Niettemin kan lid 2 van art. 6:181 als een niet noodzakelijke verduidelijking worden beschouwd. De bepaling drukt namelijk 'slechts' de grondnorm van de vuistregel van art. 6:181 nog eens uit. In door lid 2

<sup>347</sup> Vermeldenswaard is nog de op grond van art. 5:101 lid 2 bestaande mogelijkheid een zogeheten afhankelijk opstalrecht te vestigen. Zo kan een opstalrecht afhankelijk van huur worden gemaakt, waarmee de huurder (ook) eigenaar van de gehuurde opstal wordt. Zie Visser en Vonck 2013, p. 81-85; Booms 2015, p. 757-764. Wanneer zodoende het bezit en bedrijfsmatige gebruik van een opstal zich in dezelfde hand bevinden, hoeft ter toepassing van art. 6:181 jo. 174 niet (meer) gekozen te worden tussen de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker. Wanneer het bezit en bedrijfsmatige gebruik samenvallen, kan de precieze hoedanigheid waaraan de aansprakelijkheid vastknoopt echter wel nog van belang zijn voor de (dogmatische) grondslag van de aansprakelijkheid, zie par. 4.6.3.

van art. 6:181 bestreken gevallen van terbeschikkingstelling, brengt het gebruiks-begrip van art. 6:181 lid 1 namelijk al mee dat zonedig 'de laatste in de keten' aansprakelijk is. Zodra bedrijf A een roerende zaak of dier aan bedrijf B voor bedrijfsmatig gebruik ter beschikking heeft gesteld, is vanaf dat moment in beginsel niet langer bedrijf A maar bedrijf B degene met de beslissende zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de art. 6:173 en 179 beogen te beschermen.<sup>348</sup> Daarmee kwalificeert niet langer bedrijf A als de in art. 6:181 lid 1 bedoelde 'gebruiker' van deze zaken maar enkel 'eindgebruiker' B. Art. 6:181 lid 2 komt hieraan niet te pas en is aldus geen uitwerking van zelfstandige betekenis van de vuistregel van art. 6:181 lid 1. Anders gezegd, het toepassingsgebied van art. 6:181 lid 2 wordt volledig bestreken door art. 6:181 lid 1.

Dat lid 2 van art. 6:181 gemist kan worden, vindt mijns inziens bevestiging in de regeling van de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van ondergrondse werken in art. 6:174 lid 3.<sup>349</sup> Deze bepaling kent, anders dan art. 6:181 met lid 2, geen regel voor gevallen waarin een bedrijfsmatige gebruiker het ondergrondse werk ter beschikking stelt voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander. Hekster heeft bepleit dat lid 3 van art. 6:174 aangevuld zou moeten worden met een bepaling naar het voorbeeld van lid 2 van art. 6:181.<sup>350</sup> Zij geeft het voorbeeld van A die bedrijfsmatige gebruiker van een ondergronds winkelcentrum is, en een gedeelte daarvan voor gebruik ter beschikking stelt aan bedrijf B. Wanneer het winkelcentrum daarna op zeker moment instort, maakt lid 3 van art. 6:174 volgens Hekster niet duidelijk welke bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is terwijl lid 2 van art. 6:181 de aansprakelijkheid voor bovengrondse opstallen kanaliseert naar de laatste in de keten. Ik deel de suggestie van Hekster niet. Dat in de regeling van art. 6:174 lid 3 geen regel naar het voorbeeld van art. 6:181 lid 2 is opgenomen, is mijns inziens veeleer een aanwijzing dat een dergelijke bepaling bij de in art. 6:181 lid 1 bedoelde (bovengrondse) opstallen óók kan worden gemist. De toelichting op de regeling van art. 6:174 lid 3 geeft nadrukkelijk aan dat daarmee is beoogd de aansprakelijkheid steeds te leggen op degene die de grootste mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de situatie die aanleiding heeft gegeven voor het ontstaan van de schade.<sup>351</sup> Zodoende zal art. 6:174 lid 3 niet van toepassing zijn op een bedrijfsmatige gebruiker van een ondergronds werk die 'niets van doen heeft' met het schadeveroorzakende gebrek. Dat zou in het door Hekster gegeven voorbeeld bedrijf A kunnen zijn, maar evengoed ook bedrijf B. Is de instorting van het winkelcentrum namelijk het gevolg van een constructiefout (een 'eigen' gebrek in de opstal), dan is zowel bedrijf A als bedrijf B als 'toevallige' gebruiker van de opstal *niet* ex art. 6:174 lid 3 aansprakelijk en zal deze berusten bij de bezitter daarvan ex art. 6:174 lid 1. Loopt in het door A aan B ter beschikking gestelde winkelcentrum een bezoeker aan tegen een doorzichtige glaswand zonder merktekens of waarschuwing, dan zal de aansprakelijkheid voor deze gebrekkige inrichting ex

348 In geval van opstallen ligt dit genuanceerder, aangezien de daarvoor geldende kwalitatieve aansprakelijkheid minder snel overgaat op een ander dan de in art. 6:174 bedoelde bezitter.

349 Dat de regeling van art. 6:174 lid 3 illustreert dat ook de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 kan worden gemist, is reeds bepleit in par. 7.6.5.2.

350 Hekster 2003, p. 351-354.

351 *Kamerstukken II 1998/99*, 26219, 3, p. 104.

art. 6:174 lid 3 alleen op B rusten: hij is degene met 'een grotere mate van verantwoordelijkheid' voor het door het gebrek veroorzaken van de schade.<sup>352</sup> Om in de voornoemde gevallen van schade door een ondergronds werk steeds 'de meest relevante laedens' aan te kunnen wijzen, heeft de wetgever een kanaliseringsregel als in lid 2 van art. 6:181 kennelijk niet nodig geacht. Dat komt juist voor, nu het gebruiksbegrip uit de vuistregel van art. 6:174 lid 3 waar nodig steeds al de 'eindgebruiker' van het ondergrondse werk als aansprakelijke aanwijst. Een regel naar het voorbeeld van lid 2 van art. 6:181 is daarvoor niet nodig. Dit toont dat lid 2 van art. 6:181 zelf ook gemist kan worden.

7.7.2 *Lid 3 van art. 6:181 drukt uit wat al ligt besloten in de vuistregel van art. 6:175*

Lid 3 van art. 6:181 beoogt te bewerkstelligen dat in geval van meerdere bedrijfsmatige gebruikers, in die zin dat het ene bedrijf een in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stof ter beschikking stelt voor bedrijfsmatige gebruik door een ander, alleen deze ander met de kwalitatieve aansprakelijkheid uit art. 6:175 is belast. Ook deze kanalisering van de aansprakelijkheid naar de laatste in de keten c.q. de 'eindgebruiker' is goed te begrijpen vanuit de gedachte dat de kwalitatieve aansprakelijkheid steeds behoort te rusten op degene met de meeste invloed op de aan de stof verbonden risico's. Echter, ook lid 3 van art. 6:181 valt te beschouwen als een niet noodzakelijke verduidelijking. Van deze bepaling kan worden gezegd 'slechts' de grondnorm van de vuistregel van art. 6:175 nog eens uit te drukken. Het stelsel van art. 6:175 wordt wel geduid als een systeem van gesegmenteerde aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid behoort steeds te rusten bij degene 'in wiens handen' de stof zich ten tijde van de schadeveroorzaking bevond. Dat is namelijk degene die geacht wordt de meeste invloed te hebben op de aan de stof verbonden risico's. Art. 6:175 zélf legt zodoende de aansprakelijkheid zonodig al bij de laatste in de keten c.q. de 'eindgebruiker' van een gevaarlijke stof. Lid 1 van art. 6:175 legt de aansprakelijkheid namelijk bij degene die een stof *gebruikt* of *onder zich heeft*, terwijl lid 2 van art. 6:175 *de bewaarder* en daarmee gelijk te stellen personen aansprakelijk acht. Zodra het ene bedrijf een gevaarlijke stof voor gebruik ter beschikking stelt aan een ander bedrijf – de in lid 3 van art. 6:181 omschreven situatie – wijst art. 6:175 zelf die ander als laatste in de keten al als kwalitatief aansprakelijke aan. Het toepassingsgebied van art. 6:181 lid 3 wordt derhalve volledig bestreken door art. 6:175.<sup>353</sup>

7.7.3 *Concernverhoudingen*

De problematiek van schade veroorzaakt door zaken in geval van meerdere betrokken 'bedrijven' is ook wel in verband gebracht met het *bedrijfsbegrip* van art. 6:181. Stel dat sprake is van onderling gelieerde bedrijven zoals een moeder- en dochtervennootschap, terwijl laatstgenoemde een (gebrekkige) zaak gebruikt

352 Vgl. Hof Amsterdam 5 april 2001, VR 2002/93 (*Drakenburgh/De Hoog*),

353 Hierbij – bij gebreke van aanwijzingen in een andere richting – ervan uitgaande dat de uitleg van de kernbegrippen van art. 6:175 overeenkomt met die van de kernbegrippen van art. 6:181.

met schade bij een derde tot gevolg. Kunnen moeder en dochter voor de toepassing van art. 6:181 geacht worden tezamen één bedrijf uit te oefenen, met als gevolg dat op ieder hoofdelijk jegens de benadeelde de aansprakelijkheid ex art. 6:181 rust?<sup>354</sup> In mijn ogen dienen kwesties als deze echter niet opgelost te worden aan de hand van het bedrijfsbegrip maar langs de band van het *gebruiks*begrip van art. 6:181. In geval van betrokkenheid van meerdere bedrijven zal aan het bedrijfsbegrip namelijk steeds wel zijn voldaan; het komt erop aan wie van de betrokken bedrijven als ‘gebruiker’ van de betreffende zaak kwalificeert. In wezen speelt hier de problematiek die de wetgever met art. 6:181 lid 2 en 3 op het oog had. Zijn meerdere bedrijven betrokken bij een bepaald gebruik van zaken, dan wordt als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 aangemerkt het bedrijf dat in de beste positie verkeert invloed uit te oefenen op de aan de betreffende zaak verbonden risico’s. In het geval van gevaarlijke stoffen geldt op grond van art. 6:175 lid 1 en 2 eenzelfde benadering. De kwalitatief aansprakelijke zal zodoende in beginsel telkens de feitelijke gebruiker, de laatste in de keten, zijn.<sup>355</sup> Dit sluit aan bij hetgeen art. 6:181 lid 2 en 3 tot uitdrukking brengen.<sup>356</sup> In het zojuist gegeven voorbeeld is zodoende in beginsel derhalve alleen de dochter- en niet ook de moederverenootschap als ‘eindgebruiker’ belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid.<sup>357</sup> Dit kan echter anders zijn indien de moederverenootschap een bepaalde mate van zeggenschap over (de risico’s verbonden aan) de zaak heeft (behouden). Denkbaar is dat dan gezegd wordt dat beide bedrijven dezelfde zaak *gezamenlijk* ‘gebruiken’, met een cumulatieve aansprakelijkheid van beide tot gevolg. Een sprekend voorbeeld biedt een gebrek in toebehoren van de gedeelde receptie in de centrale kantoorhal. Breekt plotseling een poot af van de bureaustoel waarop de receptioniste zit, dan kan zowel de moeder- als dochterverenootschap worden aangemerkt als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van deze gebrekkige zaak ex art. 6:181 jo. 173, met een hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de benadeelde tot gevolg.<sup>358</sup> Tot slot is niet uitgesloten dat de moeder ten opzichte van de dochter een zodanig overheersende zeggenschap heeft (behouden), dat niet de dochter maar zijzelf als ‘(eind)gebruiker’ van een zaak heeft te gelden met een exclusieve aansprakelijkheid van de moeder tot gevolg.<sup>359</sup>

354 Wessels 1989, p. 56-58; Schoonbrood-Wessels 1991, p. 793-798. Zo ook P-G Langemeijer in zijn conclusie sub 3.4 voor HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*) over het gebruik van een bedrijfsunit door zusterverenootschappen. Zie ook par. 3.4.

355 Voor aansprakelijkheid van degene die een opstal bedrijfsmatig gebruikt, geldt evenwel dat ook het schadeveroorzakende gebrek (voldoende) verband moet houden met diens bedrijfsvoering.

356 Deze uitkomst sluit tevens aan bij het uitgangspunt dat in geval van gelieerde rechtspersonen niet snel ‘vereenzelviging’ van de betrokken rechtspersonen aan de orde is. Zie HR 26 november 2010, *NJ* 2010/636 (*DB/Edco*) en HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017/124, m.nt. Van Schilfgaarde (*Resort of the World/Maple Leaf*).

357 In deze zin ook *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8.

358 Vgl. Rb. Roermond 13 augustus 2003, *VR* 2004/30 (*Kuipstoel*).

359 Vgl. *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8, waar het ‘niet uitgesloten’ wordt geacht aan te nemen dat een zaak feitelijk door bedrijf A wordt gebruikt, hoezeer ook ‘op papier’ is getracht een gebruik in de uitoefening van bedrijf B te construeren. Volgens de toelichting moet gedacht worden aan de situatie waarin zaken ter beschikking van bedrijf B zijn gesteld ‘terwijl de werknemers die de activiteiten verrichten die voor het gebruik nodig zijn, in dienst zijn van bedrijf A en dit bedrijf ook de kosten draagt die aan die activiteiten verbonden zijn, onderscheidenlijk de eventuele winst maakt.’ In een dergelijk geval zal geoordeeld kunnen worden dat voor wat betreft bedrijf B ‘realiter niet aan de eisen van art. 6:181 lid 2 is voldaan’, aldus de toelichting.

#### 7.7.4 Niet-ondergeschikte hulppersonen

Ook de problematiek van schade veroorzaakt door zaken van ingeschakelde zelfstandige hulppersonen als bedoeld in art. 6:171 wordt wel in verband gebracht met lid 2 van art. 6:181. Moet worden aangenomen dat een zelfstandige hulppersoon die in het kader van de bedrijfsmatige opdracht gebruik maakt van hem toebehorende (gebrekkige) zaken, deze daarmee ter beschikking stelt aan zijn opdrachtgever als bedoeld in art. 6:181 lid 2? Het gevolg daarvan zou zijn dat voor deze zaken enkel de opdrachtgever kwalitatief aansprakelijk is. Hartkamp zat aanvankelijk op dat spoor,<sup>360</sup> maar meende 'bij nadere overweging' dat een aansprakelijkheid van zowel de opdrachtnemer als de opdrachtgever ex art. 6:181 lid 1 op zijn plaats is: de zaken van de zelfstandige hulppersoon worden zijns inziens ook in het bedrijf van diens opdrachtgever gebruikt.<sup>361</sup> Tegenover deze ruime interpretatie van lid 1 staat volgens Hartkamp dan een 'beperkende interpretatie' van lid 2: deze bepaling ziet op het geval dat het feitelijke gebruik van een zaak *uitsluitend* plaatsvindt in het bedrijf van degene aan wie deze ter beschikking is gesteld.

Ook hier vindt de beoordeling mijns inziens plaats langs de band van het gebruiksbegrip van art. 6:181 lid 1. Relevant zijn zodoende aspecten van zorg en zeggenschap. Kenmerk van een in art. 6:171 bedoelde hulppersoon is dat de opdrachtgever geen zeggenschap heeft over diens gedragingen.<sup>362</sup> De opdrachtgever zal in beginsel evenmin (relevante) zeggenschap hebben over de werktuigen en andere materialen die een door hem ingeschakelde zelfstandige hulppersoon toebehoren. Het is de zelfstandige hulppersoon zélf die ervoor moet zorgdragen dat de door hem gebruikte zaken in goede staat verkeren en op de juiste wijze worden toegepast. In beginsel heeft de opdrachtgever geen (veronderstelde) zorgplicht voor de zaken van een zelfstandige opdrachtnemer. Ontstaat schade door een zaak van laatstgenoemde, dan behoort de kwalitatieve aansprakelijkheid enkel op deze zelfstandige opdrachtnemer te rusten: in de verhouding met diens opdrachtgever is hij degene met de meest sprekende band met (de risico's die verbonden zijn aan) de zaak c.q. verkeert hij in de beste positie invloed op de aan de zaak verbonden risico's uit te oefenen. Als uitgangspunt een gelijktijdige aansprakelijkheid van opdrachtnemer en opdrachtgever komt mij niet geraden voor, omdat laatstgenoemde in beginsel niet als 'gebruiker' kwalificeert van de zaken van de opdrachtnemer. Hier vindt het in art. 6:181 bedoelde 'gebruik' van de zaak dus reeds *uitsluitend* plaats in het bedrijf van de opdrachtnemer.

In feite is sprake van het spiegelbeeld van de in art. 6:181 lid 2 omschreven situatie. Art. 6:181 lid 2 zelf drukt uit dat wanneer een opdrachtgever een zaak voor gebruik ter beschikking stelt aan een ander zoals een zelfstandige hulppersoon, de kwalitatieve aansprakelijkheid in beginsel enkel behoort te rusten

360 Asser/Hartkamp 4-III 1990/184.

361 Asser/Hartkamp 4-III 2006/184, en in dezelfde zin nog altijd Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

362 Lubach 2005, p. 519. Voor de goede orde: ik doel hier op het prototype van de zelfstandige hulppersoon, te weten degene die werkelijk in een ten opzichte van zijn opdrachtgever zelfstandige en economisch onafhankelijke positie verkeert. In par. 7.7.4.1 wordt aandacht besteed aan gebrekkige zaken van o.a. 'schijnzelfstandigen'.

op de zelfstandige hulppersoon als ‘eindgebruiker’.<sup>363</sup> Hiermee zou zich moeizaam verhouden dat in het spiegelbeeldige geval waarin een zelfstandige hulppersoon zich bedient van eigen zaken, daarvoor in uitgangspunt (wél) een kwalitatieve aansprakelijkheid op diens opdrachtgever zou rusten. Dat in geval van inschakeling van een art. 6:171-hulppersoon géén kwalitatieve aansprakelijkheid voor diens zaken rust op de opdrachtgever, lijkt ook aan te sluiten bij de visie van de wetgever zelf. Zo is in de toelichting op de Aanvullingswet 1995 het voorbeeld gegeven van een exploratiemaatschappij die de opdracht aan een aannemer (boormaatschappij) geeft om te boren:

‘Men zou kunnen denken dat [art. 6:181 lid 2] daarvoor een oplossing geeft: de boorinstallatie moet worden geacht te worden gebruikt in het bedrijf van de exploratiemaatschappij. Maar in de praktijk zal het in de regel gaan om een exploratiemaatschappij die zelf nooit boort zodat *de technische verantwoordelijkheid* geheel bij de aannemer ligt. [Art. 6:181 lid 2] geeft daarvoor geen oplossing.’<sup>364</sup>

Hier lijkt de aanvankelijke suggestie van Hartkamp te worden overwogen,<sup>365</sup> inhoudende dat een zelfstandige hulppersoon die in het kader van de bedrijfsmatige opdracht gebruik maakt van eigen zaken, die zaken daarmee ter beschikking stelt aan zijn opdrachtgever als bedoeld in art. 6:181 lid 2. Er wordt echter een ander spoor gekozen, te weten dat voor een gebrek in het materieel van een ingeschakelde zelfstandige hulppersoon (hier: de boormaatschappij) de opdrachtgever (hier: exploratiemaatschappij) niet ‘verantwoordelijk’ is. Dit acht ik als gezegd juist, aangezien de opdrachtgever in beginsel niet het beste in staat is invloed op de daaraan verbonden risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen; dat is de zelfstandige hulppersoon zélf.<sup>366</sup>

Hoewel inmiddels nagenoeg 100 jaar oud, is in dit verband illustratief HR 14 februari 1919, *W 10412 (APC/Gemeente Groningen)*, dat handelde over de zelfstandige hulppersoon Plat en zijn paard, die enige uren per dag werden ‘ingehuurd’ door de gemeente Groningen ten behoeve van de gemeentereiniging. Voor het overige gedeelte van de dag was Plat met zijn paard werkzaam in zijn eigen bedrijf. Tijdens de uitvoering van door de gemeente opgedragen werkzaamheden, sloeg het paard van Plat op hol met schade bij een derde tot gevolg. Het relevante art. 1404 OBW in geval van schade door dieren, legde de aansprakelijkheid op de eigenaar óf gebruiker van het dier. De getroffen derde sprak de gemeente zonder

363 Dit is alleen anders indien de opdrachtgever (ook) een zekere zeggenschap over de zaak heeft (behouden) of zelfs de overheersende zeggenschap heeft (behouden). Dan is respectievelijk cumulatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever en -nemer mogelijk en zelfs exclusieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever. Zie in deze zin ook par. 7.7.3 (slot).

364 *Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 54-55.*

365 Asser/Hartkamp 4-III 1990/184.

366 Zie ook Oldenhuis 2014, p. 54 over het beschikbaar stellen van (specialistisch) materieel inclusief bedienend personeel aan anderen, i.h.b. indien het gebruik door de opdrachtgever incidenteel is en er qua kennisniveau een zekere afstand is tussen de opdrachtgever en de betreffende zaak. Oldenhuis meent dat in dergelijke gevallen in uitgangspunt de kwalitatieve aansprakelijkheid blijft rusten op de formele werkgever van de arbeidskracht c.q. op de bezitter/(initiële) bedrijfsmatige gebruiker van het materiaal. In deze zin is ook Vranken 1988, p. 246.



succes aan in hoedanigheid van 'gebruiker' van het schadeveroorzakende paard. Omdat ten tijde van het ongeval *de zorg* voor het dier niet bij de gemeente maar bij Plat berustte, kwalificeerde volgens de Hoge Raad Plat (als eigenaar) als de ex art. 1404 OBW aansprakelijke. Het was Plat, en niet de gemeente, die ten tijde van het ongeval in de beste positie verkeerde invloed op de aan het paard verbonden risico's uit te oefenen en schade te voorkomen. Dit arrest illustreert dat in geval van inschakeling van een zelfstandige hulppersoon die zich ter uitvoering van de opdracht van eigen zaken bedient, 'zeggenschap' als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid in beginsel ertoe leidt dat enkel de zelfstandige hulppersoon – en niet (mede) diens opdrachtgever – als bedrijfsmatige 'gebruiker' heeft te gelden.<sup>367</sup>

#### 7.7.4.1 SCHIJNZELFSTANDIGEN

Dit laatste kan anders zijn wanneer van de opdrachtgever gezegd kan worden ook een zekere invloed te hebben op de risico's. Waar ik tot nog toe van de zelfstandige hulppersoon heb gesproken, doelde ik op het prototype daarvan, te weten het bedrijf of de persoon dat/die werkt op basis van een overeenkomst van opdracht en in een ten opzichte van de opdrachtgever zelfstandige en economisch onafhankelijke positie verkeert.<sup>368</sup> Het verrichten van werkzaamheden voor een ander buiten dienstbetrekking kent in de praktijk echter ook andere verschijningsvormen. Is bijvoorbeeld sprake van een ingeschakelde zzp'er die gezien de feitelijke verhoudingen tussen partijen, de door hen gemaakte afspraken en de (wijze van) uitvoering daarvan veeleer als 'schijnzelfstandige' doorgaat, dan komt een cumulatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever en -opdrachtnemer of mogelijk zelfs een exclusieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever in beeld.<sup>369</sup> Des te meer de hulppersoon zich bij de uitoefening van zijn werkzaamheden moet richten naar aanwijzingen van diens opdrachtgever, hoe deskundiger deze laatste is op het terrein van het werk dat de hulppersoon moet uitvoeren en hoe meer controle en toezicht de opdrachtgever uitoefent op het werk van de hulppersoon, hoe eerder kan (ook) een kwalitatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever ex art. 6:181 – die immers is gebaseerd op 'invloed' – in beeld komen. In dit perspectief past Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA* 2011/164 (*Val van steiger*), waarin een zzp'er van een steiger viel waarvan een veiligheidsstrip ontbrak en letsel opliep. Deze steiger was door de hoofdaannemer van het werk ter beschikking gesteld aan de zzp'er. Volgens de rechtbank kon de gelaedeerde zzp'er in dit geval diens hoofdaannemer met succes ex art. 6:181 jo. 173 aanspreken. De rechtbank gaf geen toepassing aan art. 6:181 lid 2 (terbeschikkingstelling), omdat haars inziens de hoofdaannemer de *zeggenschap* over de steiger had behouden waarmee 'de verantwoordelijkheid

367 Art. 1404 OBW berustte ten tijde van het genoemde arrest uit 1919 overigens nog op een 'schuldvermoeden', maar dat doet niets af aan de hier geponeerde gedachte. Waar 'schuld' binnen art. 1404 OBW aanvankelijk een rol speelde om het gedrag van de aansprakelijke te karakteriseren, is zij na het *Sterkalf*-arrest van belang gebleven, en wel om de aansprakelijke persoon aan te wijzen. Zie par. 7.5.4.

368 Vgl. Lubach 2005, p. 164, 203-204, 218-220.

369 De vraag is overigens wel of dan nog sprake is van een art. 6:171- en niet een art. 6:170-hulppersoon. Vgl. Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, *JA* 2013/123 m.nt. Kolder (*Allianz/SRO*).

voor de steiger' ook bij haar is blijven rusten. Dat in deze kwestie de hoofdaannemer aan de hand van 'zeggenschap' als gebruiker in de zin van art. 6:181 lid 1 werd aangemerkt, acht ik goed verdedigbaar. Echter, de zzp'er die ten tijde van het ongeval *feitelijk handelde met* de steiger, lijkt in beginsel daarnaast óók als gebruiker ex art. 6:181 lid 1 aangemerkt te kunnen worden. Voor schade door de steiger toegebracht aan een derde, zouden opdrachtgever en -nemer dan hoofdelijk verbonden zijn. Nu de zzp'er echter zélf de getroffen was, zou een hoedanigheid als bedrijfsmatige medegebruiker van de steiger ex art. 6:181 jo. 173 zijn vordering tegen de opdrachtgever onder druk hebben gezet.<sup>370</sup>

Dat in de casus van de gebrekkige steiger *in ieder geval* de opdrachtgever/hoofdaannemer als 'gebruiker' ex art. 6:181 lid 1 kwalificeerde, past ook bij HR 23 maart 2012, *NJ 2014/414*, m.nt. Heerma van Voss (*Davelaar/Allspan*) over lid 4 van art. 7:658. Een arbeidskracht kan voor de toepassing van deze bepaling in aanmerking komen indien hij 'voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is' van diens opdrachtgever. Telkens zijn alle omstandigheden van het geval relevant, maar volgens de Hoge Raad komt in ieder geval betekenis toe aan:

'de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de "werkgever", al dan niet door middel van hulppersonen, *invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's*.'<sup>371</sup> (curs. AK)

Wanneer de ingehuurde arbeidskracht moet werken met een werktuig van diens opdrachtgever, zal van (enige) invloed op de veiligheid zijdens laatstgenoemde sprake zijn. De opdrachtgever heeft immers in verband met onderhoud, inspectie, en dergelijke invloed op de staat waarin zijn – al dan niet aan een ander ter beschikking gestelde – zaken verkeren, met 'veiligheidsafhankelijkheid' van degene die het werk verricht tot gevolg.<sup>372</sup> Kortom, aan de hand van 'zeggenschap' en 'invloed op de risico's' komt in het gegeven voorbeeld niet alleen ex art. 6:181 jo. 173 maar ook ex art. 7:658 lid 4 aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de door de steiger veroorzaakte schade in beeld.<sup>373</sup>

In het zojuist geschetste perspectief past ook de uitkomst in Hof Den Bosch 17 mei 2016, *JA 2016/106 (Paard Dika)*. Een vrouw viel tijdens een paardrijles van een paard en sprak de manege ex art. 6:181 jo. 179 aan waar de les had plaatsgevonden. Deze verweerde zich door erop te wijzen dat de betreffende les

370 Mogelijk zou een beroep op de 'Hangmat-regel' (de ene medegebruiker van een roerende zaak spreekt de andere aan) dan nog deels uitkomst kunnen bieden. Vooralsnog is onduidelijk of bedoelde regel alleen beperkt is tot de in het *Hangmat*-arrest bedoelde medebezitters van een opstal. Met het arrest *Paard Imagine* is wel al duidelijk dat de 'Hangmat-regel' in ieder geval niet geldt voor medebezitters en bedrijfsmatige medegebruikers van dieren.

371 Inmiddels bevestigd in HR 15 december 2017, *RvdW 2018/30 (Parochie X)*.

372 Kolder en Zwols 2012, p. 158-159, waar juist het voorbeeld van de onfortuinlijke zzp'er uit Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *JA 2011/164 (Val van steiger)* wordt gegeven.

373 De Rechtbank Den Bosch wees de claim ex art. 7:658 lid 4 overigens van de hand, hetgeen ik niet juist acht. Zie in deze zin ook Kolder en Zwols 2012, p. 159. Als verzachtende omstandigheid heeft te gelden dat ten tijde van dit vonnis het richtinggevend arrest *Davelaar/Allspan* nog niet was gewezen.

niet onder haar verantwoordelijkheid had plaatsgevonden, maar werd verzorgd door een door haar ingeschakelde zelfstandig handelende instructeur aan wie de manege het lespaard had verhuurd. Het hof zag deze instructeur echter niet als bedrijfsmatige 'eindgebruiker' van het paard in de zin van lid 2 van art. 6:181 – zijn activiteiten werden naar buiten toe niet als afkomstig van een eenheid gezien – en wees (alleen) de manege ex art. 6:181 lid 1 als aansprakelijke aan. Hoewel ik moeite heb met de motivering van het hof die geïnspireerd lijkt op art. 6:171 ('eenheid'),<sup>374</sup> is de door hem bereikte uitkomst wel goed verdedigbaar. Ook wanneer het spoor van 'zeggenschap' (geïnspireerd op art. 6:170) wordt gevolgd, is het namelijk maar zeer de vraag of de zelfstandig handelende instructeur als een in art. 6:181 lid 2 bedoelde 'eindgebruiker' heeft te gelden. De rijlessen vonden plaats op het terrein van de manege, de manege plande zelf met de klanten de lessen in, de manege wees de paarden aan die de instructeur bij zijn lessen diende in te zetten en de klanten betaalden voor de lessen aan de manege. Ook de instructeur factureerde voor zijn werkzaamheden aan de manege – en niet aan 'zijn' klanten. In deze feitenconstellatie kan worden gezegd dat niet alleen de lespaarden onderdeel uitmaakten van de bedrijfsvoering van de manege, maar ook de 'freelance' instructeur die de rijlessen feitelijk verzorgde. En daarmee kwalificeert de manege zelf als de '(eind)gebruiker' van het schadeveroorzakende paard. Een cumulatieve aansprakelijkheid van de manege én instructeur ex art. 6:181 lid 1 zou misschien ook niet onmogelijk zijn geweest, aangezien laatstgenoemde toch ook een zekere invloed op de risico's zal hebben gehad: het paard bevond zich tijdens de les 'in handen' van de (in ieder geval in formele zin) niet-ondergeschikte instructeur, deze kon op eigen wijze invulling aan de rijlessen geven, verzorgde deze lessen op bestendige basis binnen de manege en beschikte over de nodige kennis en kunde.

Ook wanneer het niet gaat om het gebruik door de opdrachtnemer van aan hem door diens opdrachtgever ter beschikking gestelde zaken, maar om het gebruik door de opdrachtnemer van *eigen* zaken, acht ik het niet uitgesloten dat een zodanige band bestaat tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer, dat de opdrachtgever (mede) als bedrijfsmatige gebruiker kwalificeert van *zaken die de opdrachtnemer toebehoren*. Denk aan de hulppersoon die ter uitvoering van de opdracht een *eigen* zaak gebruikt, terwijl het gebruik daarvan is voorgeschreven door diens opdrachtgever, het gebruik plaatsvindt op diens bedrijfslocatie, het niet gaat om gebruik op incidentele of kortdurende maar bestendige basis, de opdrachtgever over een zekere deskundigheid beschikt en de opdrachtnemer de nodige aanwijzingen geeft betreffende (de wijze van uitvoering van) de te verrichten werkzaamheden. Gebaseerd op 'zeggenschap' zou in een dergelijk geval naast de hulppersoon zélf, ook de opdrachtgever als de in art. 6:181 lid 1 bedoelde 'gebruiker' van de zaak aangemerkt kunnen. Maar ook een exclusieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever, omdat niet diens hulppersoon maar (alleen) hijzelf als '(eind)gebruiker' van de zaak heeft te gelden, is denkbaar. Naar mijn mening staat deze

---

374 Niet art. 6:171 maar art. 6:170 heeft als inspiratiebron te gelden voor de toepassing van art. 6:181, zie par. 5.4.

benadering overigens niet op gespannen voet met de gedachte achter art. 6:181 lid 2, waarin is bepaald dat in het geval van het ter beschikking stellen van zaken telkens maar één van de betrokken bedrijven een kwalitatieve aansprakelijkheid draagt. In de (summiere) toelichting op deze regel lijkt men namelijk bedrijven voor ogen te hebben gehad die (volledig) gescheiden van elkaar opereren,<sup>375</sup> en niet ook bedrijven die in zekere zin met elkaar zijn verweven.<sup>376</sup>

#### 7.7.4.2 ZEGGENSCHAP VERSUS EENHEID

Art. 6:181 volgt zoals reeds gebleken ten opzichte van art. 6:171 zijn eigen spoor en zoekt aansluiting bij art. 6:170. Mede zodoende berust de aansprakelijkheid van art. 6:181 kort gezegd op ‘zeggenschap’, terwijl de aansprakelijkheid van art. 6:171 is gebaseerd op ‘eenheid’. Dit maakt het mogelijk dat een opdrachtgever in een bepaald geval ex art. 6:171 aansprakelijk kan zijn voor *fouten* van een ingeschakelde zelfstandige hulppersoon maar tegelijkertijd niet voor diens *hulpzaken* en vice versa. Een voorbeeld waarin de relatie tussen de opdrachtgever en zelfstandige hulppersoon wel door ‘eenheid’ werd gekenmerkt terwijl de opdrachtgever geen (beslissende) ‘zeggenschap’ had over (de risico’s verbonden aan) de zaken van de hulppersoon betreft HR 18 juni 2010, NJ 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*). Een kweker van bloembollen schakelde een zelfstandige hulppersoon in om zijn perceel grond te bespuiten met bestrijdingsmiddelen. Als gevolg van een hierbij door de hulppersoon gemaakt fout ontstond schade aan gewassen op een aangrenzend perceel van een derde. Geoordeeld werd dat de kweker ex art. 6:171 aansprakelijk was voor de fout van de spuitter, omdat beide bedrijven gezien de aard van en samenhang tussen de activiteiten van de kweker en spuitter als ‘een zekere eenheid’ konden worden beschouwd.<sup>377</sup> Stel nu dat de spuitter geen ‘fout’ had gemaakt, maar dat tijdens diens werkzaamheden schade bij een derde was ontstaan door een gebrek in het spuitsysteem van de hulppersoon waarmee hij de bestrijdingsmiddelen toepaste. De vraag die dan rijst is of (ook) de opdrachtgever/kweker valt aan te merken als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de gebrekkige zaak. In mijn ogen niet, nu de opdrachtnemer/spuitter degene is met de meest sprekende band met de aan de schadeveroorzakende zaak verbonden risico’s.<sup>378</sup>

375 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

376 In deze richting wijst ook het latere *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8, waar het in geval van het ter beschikking stellen van zaken door het ene bedrijf aan het andere bedrijf een cumulatieve aansprakelijkheid ex art. 6:181 van beide mogelijk wordt geacht, en zelfs ook een op art. 6:181 gegronde exclusieve aansprakelijkheid van de ‘uitlener’.

377 De bespuitingswerkzaamheden werden ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van de kweker verricht in de zin van art. 6:171.

378 In dit perspectief past ook de casus in Rb. Breda 16 februari 2011, *JA* 2011/55 (*Keller Keukens*), waarin een keukenfabrikant het montagewerk steevast uitbesteedt aan een zzp’er. Toen deze in het kader van het opgedragen werk *een fout* maakte met schade bij een derde tot gevolg, achtte de rechtbank op basis van de ‘eenheidsgeachte’ de fabrikant daarvoor aansprakelijk ex art. 6:171. Zou de schade bij het plaatsen van een keuken evenwel zijn ontstaan door een *gebrekkige boormachine* van de zzp’er, dan is diens opdrachtgever bij gebreke van ‘zeggenschap’ daarvoor in beginsel niet aansprakelijk als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181. Hierbij valt aan te tekenen dat in contractuele relaties de vraag of de opdrachtgever (keukenfabrikant) ex art. 6:171 of 181 aansprakelijk is voor fouten of gebrekkige zaken van diens opdrachtnemer (zzp’er) van praktisch minder belang is. De benadeelde derde (de koper van de keuken) zal te dien aanzien in de regel al via art. 6:76 en 77 terecht kunnen bij de verkoper/fabrikant.

Dan de manege die in het kader van een eenmalige open dag een luchtkussen huurt van een luchtkussenverhuurbedrijf, ter vermaak van de kinderen van potentiële nieuwe leden terwijl laatstgenoemden ter kennismaking een paardrijles kunnen volgen. Wanneer gedurende de open dag het luchtkussen een gebrek blijkt te vertonen met schade bij een derde tot gevolg, zal de aansprakelijkheid ex art. 6:173 ingevolge art. 6:181 op het manegebedrijf rusten. De manege is de bedrijfsmatige 'gebruiker' van de zaak, aangezien zij als professional feitelijk met het luchtkussen handelde en daarmee wordt geacht het aansprakelijkheidsrisico van schade door een (verborgen) gebrek in de zaak te hebben aanvaard. Aan deze op 'zeggenschap' gebaseerde benadering doet niets af dat het geven van paardrijlessen en het aanbieden van luchtkussenvermaak, gelet op de 'eenheidsgedachte' van art. 6:171, (uiterlijk) kenbaar en naar hun aard niet bepaald samenhangende bedrijfsactiviteiten zijn. Wel verschiet de 'manegecasus' omtrent het gebrekkige luchtkussen van kleur indien dit luchtkussen van het luchtkussenbedrijf wordt gehuurd *inclusief* bedienend personeel. In dat geval heeft het luchtkussenbedrijf zelf de (beslissende) zeggenschap over de zaak behouden, en zal ook zij – en niet (mede) de manege, die mogelijk ook qua deskundigheid en vaardigheden een zekere afstand tot het luchtkussen zal hebben – op grond van art. 6:181 jo. 173 de 'verantwoordelijke' zijn.<sup>379</sup> Alleen de luchtkussenfirma kwalificeert als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181. Dit geval schuurt overigens aan tegen de situatie waarin een zelfstandige hulppersoon eigen zaken meebrengt ter uitvoering van de aan hem gegeven opdracht. Ook dan is in beginsel alleen deze hulppersoon zelf de 'gebruiker' ex art. 6:181.

## 7.8 Enkele concrete gevallen van (on)voldoende zeggenschap

### 7.8.1 *Inleidende opmerkingen*

Verdedigd is dat het gebruiksbegrip van art. 6:181 wordt ingevuld aan de hand van zeggenschap: 'gebruiker' van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken is degene met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen. Vervolgens is de toepassing van deze algemene maatstaf geïllustreerd aan de hand van een afzonderlijke bespreking van de verschillende door art. 6:181 bestreken 'bronnen van verhoogd gevaar'. In deze paragraaf wordt de gegeven maatstaf nader geïllustreerd door een toepassing op gevallen die in de literatuur en rechtspraak in relatie tot art. 6:181 wel als grensgevallen zijn bestempeld. Het gaat met name om de ingehuurde chauffeur die de auto van de directeur van een multinational bestuurt, de reparateur die een proefrit met een auto maakt, de monteur die een hijskraan een onderhoudsbeurt geeft, de behandelend dierenarts, de hoefsmid die een paard beslaat en de medewerker van de dierenambulance die zich ontfermt over een dier.<sup>380</sup> In de meeste gevallen gaat het om situaties waarin andermans

379 Zie in dezelfde zin Oldenhuis 2014, p. 54.

380 Zie hierover reeds par. 7.3.3.

roerende zaak of die zich tijdelijk in handen van een ‘professional’ bevindt. De vraag is dan of deze laatste kwalificeert als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de zaak als bedoeld in art. 6:181, dan wel dat de aansprakelijkheid ex art. 6:173 en 179 rust op de bezitter.

Tot dusver heb ik betoogd dat de professional die *feitelijk handelt met* een roerende zaak (art. 6:173), wordt geacht het risico van aansprakelijkheid voor schade door (verborgen) gebreken te hebben aanvaard en derhalve ‘gebruiker’ van de zaak in de zin van art. 6:181 is. Gaat het om dieren (art. 6:179), dan kwalificeert niet enkel de professional die daar feitelijk mee handelt als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ ex art. 6:181, maar mijns inziens ook degene die een dier (enkel) onder zich houdt. Niettemin zijn er gevallen denkbaar waarin het toch niet aangewezen is om degene die feitelijk handelt met een roerende zaak of degene die een dier onder zich houdt, ook als de daarvoor ex art. 6:181 jo. 173 en 179 ‘verantwoordelijke’ aan te merken. Ik breng hierbij in herinnering dat de beantwoording van de vraag of iemand als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 valt aan te merken mede *relatief* van aard is: het gaat erom wie van de potentieel aansprakelijken (bezitter, gebruiker, bewaarder, reparateur, etcetera) *ten opzichte van* de ander(en) kan worden geacht in de beste positie te verkeren invloed op de risico’s uit te oefenen.<sup>381</sup> Degene die maar beperkt ‘bemoeienis’ met een bepaalde zaak heeft, heeft vaak ook maar beperkte mogelijkheden invloed op de aan die zaak verbonden risico’s uit te oefenen. De ‘zeggenschap’ is in tijd, ruimte en/of zelfstandigheid begrensd of maar gering, terwijl soms ook nog een zekere afstand tot (de risico’s verbonden aan) de zaak bestaat vanwege een gebrek aan deskundigheid en/of vaardigheden. In plaats van de ‘toevallige’ gebruiker is er niet zelden een ander met een meer ‘sprekende’ band met de zaak, veelal degene in wiens ‘organisatie’ de zaak is ingebed. In dergelijke gevallen behoort niet de ‘vluchtige passant’ die (de organisatie van) een ander als ‘gast’ tegemoet treedt kwalitatief aansprakelijk te zijn, maar degene die zijn veronderstelde zorgplicht voor de zaak uit hoofde van een meer bestendige band met die zaak ook kan waarmaken. Naast de in de literatuur en rechtspraak in relatie tot art. 6:181 reeds als ‘lastig’ bestempelde gevallen, stel ik in het navolgende nog een aantal door mijzelf opgevoerde casusposities aan de orde. Alle toelichtende voorbeelden laat ik als het ware op een glijdende schaal de revue passeren, oplopend van naar mijn idee in beginsel *onvoldoende* ‘zeggenschap’ voor de toepassing van art. 6:181 naar in beginsel *voldoende* ‘zeggenschap’ daartoe.

### 7.8.2 In beginsel onvoldoende zeggenschap

Een taxichauffeur tankt in het kader van zijn werkzaamheden bij een pompstation langs de snelweg. De chauffeur handelt feitelijk met de tankinstallatie, maar behoort toch niet kwalitatief aansprakelijk te zijn voor daaraan klevende gebreken.<sup>382</sup> De tankende chauffeur heeft ondanks zijn *feitelijk handelen met* de tankinstallatie, immers niet de meeste invloed op de aan de zaak verbonden risico’s. Het

<sup>381</sup> Par. 7.6.

<sup>382</sup> De installatie zal een onroerende zaak zijn en derhalve kwalificeren als opstal(werktuig) ex art. 6:174. Zie overigens ook art. 6:175 lid 5, dat in geval van samenloop van art. 6:174 en 175 de aansprakelijkheid voor schade door een gevaarlijke stof kanaliseert naar de ex art. 6:175 aansprakelijke.

is niet de chauffeur maar de pomphouder die in de beste positie verkeert de risico's te beïnvloeden en schade door gebreken van de tankinstallatie te voorkomen. Zo is de 'bemoeienis' van de chauffeur met de tankinstallatie maar zeer kortdurend, hetgeen reeds een geringe mogelijkheid biedt enige invloed op de veiligheid van de tankinstallatie uit te oefenen. De chauffeur zal voorts niet bevoegd zijn maatregelen met betrekking tot de installatie te treffen. Evenmin zal hij daartoe over de benodigde kennis en kunde beschikken. Indien de tankinstallatie wegens een gebrek schade veroorzaakt, is niet de chauffeur 'het meest nabij' dit schadeveroorzakende element, maar de pomphouder. De tankinstallatie bevindt zich op zijn terrein en hij heeft daarmee een bestendige relatie. De installatie is in zijn organisatie ingebed, ten opzichte waarvan de chauffeur als 'buitenstaander' heeft te gelden. De pomphouder beschikt (althans behoort te beschikken) over de benodigde deskundigheid en vaardigheden om invloed op de risico's uit te oefenen, is daartoe ook bevoegd en heeft de werkelijke mogelijkheid maatregelen met betrekking tot de installatie te treffen (inspectie, onderhoud, etcetera), van welke zorg 'derden' – waaronder bijvoorbeeld niet alleen omwonenden maar ook de tankende chauffeur – afhankelijk zijn. De chauffeur treedt de organisatie van de pomphouder als het ware als 'gast' of 'buitenstaander' tegemoet. Tevens moet niet vergeten worden dat de pomphouder haar tankende 'gasten' de tankinstallatie weliswaar *laat* gebruiken, maar de facto zélf degene is die de installatie (feitelijk) bedrijfsmatig gebruikt, namelijk om brandstof te verkopen.<sup>383</sup> Verder is van belang dat de pomphouder zelfstandig, zonder tussenkomst van de chauffeur, de macht over het tankstation kan uitoefenen, terwijl de chauffeur zich zal moeten richten naar aanwijzingen en instructies van de pomphouder. Al met al is in geval van schade door een gebrek in de tankinstallatie daarvoor niet de chauffeur, maar de pomphouder 'hoofd- of eindverantwoordelijke'. Dit voorbeeld van de tankende taxichauffeur maar de niettemin kwalitatief aansprakelijke pomphouder laat zien dat ondanks feitelijk handelen met een roerende zaak door de één op grond van afd. 6.3.2 BW soms toch een ander de 'verantwoordelijkheid' voor de desbetreffende zaak behoort te dragen.

In het perspectief van de tankende taxichauffeur passen ook diverse andere gevallen waarin een 'professional' weliswaar feitelijk met een zaak handelt, maar deze zich (deels) in het domein van een ander(e organisatie) bevindt. Denk aan de professionele bokser die tijdens een training de fitnessapparatuur van de sportschool gebruikt. Schiet tijdens de training vanwege een gebrek plotseling een onderdeel van een trainingsapparaat weg met schade tot gevolg, dan is niet de bokser, die weliswaar feitelijk met de zaak handelde, maar de sportschoolhouder kwalitatief aansprakelijk ex art. 6:181 jo. 173. Zo is ook het bedrijf dat in een door

383 Vgl. ook Hof Den Bosch 2 juli 2013, *JA* 2013/159 (*Bierfusten*), waarin bierbrouwer Bavaria een pand huurde en deze vervolgens ter beschikking stelde aan ander, zodat deze daarin een cafébedrijf kon exploiteren waar bier van Bavaria werd verkocht. De trap die in het pand naar de kelder leidde, bleek niet deugdelijk met het oog op het vervoer van zware bierfusten. Het aangesproken cafébedrijf werd ex art. 6:174 aansprakelijk geacht (wat mijns inziens de grondslag van art. 6:181 jo. 174 had moeten zijn). Ik acht het niet uitgesloten dat óók Bavaria als bedrijfsmatige 'gebruiker' van het pand ex art. 6:181 jo. 174 had te gelden. Zij gebruikte het pand immers eveneens, en wel om bier af te zetten terwijl het schadeveroorzakende gebrek in de opstal hiermee verband hield.

hem afgehuurde sporthal als ‘ontspanningsactiviteit’ voor zijn werknemers een zaalvoetbaltoernooi organiseert niet ex art. 6:181 jo. 174 kwalitatief aansprakelijk voor gebreken in die opstal, maar de exploitant of eigenaar van de accommodatie.<sup>384</sup> Hetzelfde geldt indien een ‘bedrijfsuitje’ bestaat uit het met elkaar bijwonen van een sportevenement in een sporthal, terwijl een tribunetrap daarvan niet deugdelijk blijkt.<sup>385</sup> En zo zal ook niet de advocaat, die tijdens de schorsing van een zitting op de gang van het gerechtsgebouw een (verborgen) gebrekkige koffieautomaat gebruikt, ingevolge art. 6:181 jo. 173 met de aansprakelijkheid voor die zaak zijn belast, maar de overheid. Evenmin is de directeur van een bedrijf als passagier van een taxi ex art. 6:181 jo. 173 aansprakelijk voor gebreken in dit motorrijtuig, maar het taxibedrijf.<sup>386</sup> Zo blijft ook het busbedrijf aansprakelijk voor gebreken in de bus die zij inclusief chauffeur voor een rondrit ter beschikking stelt aan een reisvereniging.<sup>387</sup> Hetzelfde geldt ingeval een sponsor (transportbedrijf) een tractor met oplegger inclusief chauffeur ter beschikking stelt aan een voetbalvereniging, om de ‘traditionele’ rondrit door het dorp mogelijk te maken na het behalen van een kampioenschap.<sup>388</sup>

Illustratief in dit verband is ook Rb. Maastricht 14 december 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AB0556 (*Val van ladder*), waarin werknemer X op locatie bij particulier Y werkzaamheden aan diens dak diende te verrichten. Op zeker moment heeft Y zijn eigen ladder, met de bedoeling om X het afdalen van zijn dak te vergemakkelijken, in uitgeklapte toestand voor gebruik aangeboden. Toen X daarvan in het bijzijn van Y gebruik wilde maken en zijn gewicht op de ladder plaatste, is deze onverwachts ingezakt/ingeklapt met een valpartij van X tot gevolg. Y werd ex art. 6:173 in rechte betrokken, maar deze verweerde zich met de stelling dat niet hij maar ingevolge art. 6:181 (de werkgever van) X is belast met de aansprakelijkheid van art. 6:173. De rechtbank verwierp dit verweer, overwegende dat de ladder niet door de werkgever aan X ter beschikking was gesteld. Ook was X, gezien zijn functie, niet bevoegd om de ladder tot bedrijfsmiddel van zijn werkgever te maken, en ook mocht Y, gezien de hoedanigheid van X daar niet vanuit gaan. Omdat volgens de rechtbank geen ‘bedrijfsmatige gebruiker’ van de ladder viel aan te wijzen, kwam de vordering tegen Y als bezitter ex art. 6:173 voor toewijzing in aanmerking. Deze uitkomst acht ik goed verdedigbaar. Het ging om een zeer kort en incidenteel feitelijk gebruik dat X in het bijzijn en met behulp van Y op diens terrein van de ladder maakte. In die situatie had bezitter Y, hoewel werknemer X op het moment van het ongeval de feitelijke gebruiker van de ladder was, de meest sprekende band met de zaak.

384 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429 (*Zaalvoetbal*).

385 Hof 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331 (*Tribunetrap*).

386 Vgl. Oldenhuis 2014, p. 54, die het voorbeeld geeft van het helikopterbedrijf dat ex art. 6:170 aansprakelijk blijft voor fouten van de piloot, ook als een professionele fotograaf die de helikopter inhuurde tijdens een rondvlucht aanwijzingen geeft. Let wel, art. 6:173 lid 3 zondert luchtvaartuigen van art. 6:173 uit.

387 Vgl. Oldenhuis 2014, p. 54, die het voorbeeld geeft van het busbedrijf dat ex art. 6:170 aansprakelijk blijft voor fouten van de chauffeur, ook als de reisvereniging die de bus inclusief chauffeur inhuurde, de route bepaalt.

388 Vgl. Rb. Oost-Brabant 12 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2718 (*Gebrekkige oplegger*).



In de tot nog toe gegeven voorbeelden gaat het telkens om een maar vluchtige 'bemoeienis' van een professional met andermans zaak. Hoewel het *Loretta*-arrest als zodanig er niet aan in de weg staat ook dan een aansprakelijkheid ex art. 6:181 aan te nemen – aan de toepassing van het artikel mag immers niet de eis worden gesteld dat het gebruik *duurzaam* is –, volgt uit dit arrest niet dat *ieder* gebruik van een zaak, hoe incidenteel of kortstondig ook, door art. 6:181 wordt bestreken. Adstructie voor deze stelling is te vinden in de hierna te noemen rechtspraak over 'tijdelijke' arbeidskrachten die schade veroorzaken (art. 6:170) of lijden (art. 7:658 lid 4). Art. 6:170 kan zoals reeds gezegd immers een inspiratiebron vormen voor de toepassing van art. 6:181,<sup>389</sup> terwijl een ratio van art. 6:181 op eenzelfde leest is geschoeid als die van art. 7:658 lid 4. De gedachte achter de laatste bepaling is dat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht,<sup>390</sup> terwijl een idee achter art. 6:181 is dat in geval van schade door bedrijfsmatige activiteiten de rechtspositie van de benadeelde niet mag verschillen, al naar gelang de bedrijfsmatige gebruiker zijn activiteiten verricht met eigen dan wel 'ingeleende' hulpzaken.<sup>391</sup> Zodoende is ten eerste illustratief Hof Leeuwarden 1 december 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK5326 (*Wegsleepen auto*), waarin de vader van de exploitant van een autobedrijf laatstgenoemde bij een incidenteel werk behulpzaam was en daarbij een derde schade berokkende. De exploitant werd door de benadeelde onder andere ex art. 6:170 tot schadevergoeding aangesproken. Bij gebreke van een instructiebevoegdheid zijdens de exploitant en een verplichting zijdens de vader bevelen op te volgen, werd geoordeeld dat geen sprake was van de voor een vordering op grond van art. 6:170 benodigde 'ondergeschiktheid'. In Rb. Leeuwarden 5 maart 2003, *JAR* 2003/86 (*Meelopen binnen bedrijf*) ging het om een iemand die enkele dagen in een bedrijf meeliep om te beslissen of zij daar al dan niet in dienst zou treden maar juist in die periode een arbeidsongeval kreeg. De rechtbank achtte lid 4 van art. 7:658 niet toepasselijk vanwege het ontbreken van zeggenschap zijdens het bedrijf vanwege de 'korte tijd' en 'vrijblijvende wijze' van de relatie met de (potentiële) arbeidskracht. In lijn hiermee ligt Hof Den Bosch 17 maart 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF6144 (*Reparatie*), waarin iemand een kar ter reparatie aanbood bij een reparatiebedrijf en daarbij zelf hulp aanbood. De 'helper' overkwam daarbij een ongeval, maar ondanks dat hij hetzelfde werk verrichtte als de 'eigen' monteurs van het bedrijf leidde dit niet tot toepassing van lid 4 van art. 7:658. Wederom stond het aspect van zeggenschap, in het bijzonder het ontbreken van een gezagsverhouding tussen het bedrijf en de 'vrijwilliger' aansprakelijkheid in de weg. De essentie van de drie zojuist genoemde zaken is dat de band tussen het bedrijf en de desbetreffende arbeidskracht te los werd geacht om eerstgenoemde met de aansprakelijkheid van art. 6:170 of art. 7:658 lid 4 te belasten. Door zowel art. 6:170 als art. 7:658

---

389 Zie par. 5.4.

390 *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 14, p. 6, alsmede HR 23 maart 2012, *NJ* 2014/414, m.nt. Heerma van Voss (*Davelaar/Allspan*) en HR 15 december 2017, *RvdW* 2018/30 (*Parochie/X*).

391 Parl. gesch. Boek 6, p. 745-746. Wel gaat het inzake lid 4 van art. 7:658 om bescherming van de *hulppersoon* tegen bedrijfsmatige risico's, terwijl art. 6:181 beoogt *derden* daartegen te beschermen.

lid 4 wordt dus niet *iedere* werkzaamheid, ongeacht de duur, bestreken. Dit terwijl óók voor aansprakelijkheid op grond van deze bepalingen een duurzame rechtsbetrekking niet vereist is.<sup>392</sup>

### 7.8.3 Een tussencategorie

De dierenarts biedt een voorbeeld van het gevalstype waarin heel wel sprake kan zijn van in beginsel *onvoldoende* zeggenschap ter toepassing van art. 6:181, maar zich bij enige verandering in de feitelijke constellatie gemakkelijk een verschuiving naar voldoende zeggenschap daartoe kan voordoen. HR 27 april 2001, NJ 2002/54, m.nt. CJHB (*Donkers/Scholten*) betrof een dierenarts die letsel opliep door toedoen van andermans paard, toen hij dit dier op het terrein van de bezitter in een stal wilde inenten. De gelaedeerde dierenarts kon zich in de ogen van de Hoge Raad jegens de bezitter met succes beroepen op art. 6:179.<sup>393</sup> Daaruit valt af te leiden dat de dierenarts zelf kennelijk niet als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van het dier werd gezien, aangezien in dat geval niet de bezitter maar hijzelf ingevolge art. 6:181 met de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:179 zou zijn belast.<sup>394</sup> Deze uitkomst acht ik goed verdedigbaar, omdat van deze dierenarts kan worden gezegd dat hij een te vluchtige band met het schadeveroorzakende paard had om als ‘gebruiker’ ex art. 6:181 te kwalificeren. De arts trad veeleer als ‘gast’ het bedrijf van de bezitter tegemoet. De bemoeienis van de dierenarts was van korte duur, het paard bracht de schade toe in aanwezigheid van de bezitter, op diens terrein, terwijl het dier ook ter beschikking bleef van de bezitter c.q. deze de macht had ‘om tussen te komen’ en de bezitter ook bleef instaan voor de verzorging en voeding van het dier.<sup>395</sup> In de richting van de bezitter als aansprakelijke in dit geval wijst ook de ondersteunende (praktische) ‘deelfactor’, inhoudende dat aansprakelijkheid voor gebreken in de zaken waarin/-mee het betreffende paard werd gehouden (zoals een stal of leidsels) ex art. 6:173/174 in beginsel eveneens voor zijn risico – en niet voor risico van de dierenarts – kwamen. Wat wel in het nadeel van de dierenarts zou kunnen werken, is dat er vanwege zijn specifieke functie qua deskundigheid en vaardigheid niet een sprekende afstand met het dier was.

392 Oldenhuis 2014, p. 45, 48; Klaassen 1991, p. 51. Zie omtrent art. 6:170 ook par. 5.3.1.

393 Ingeval het bezit en bedrijfsmatige gebruik van het dier zich in dezelfde hand bevinden, is de grondslag mijns inziens overigens niet art. 6:179, maar art. 6:181 jo. 179. Zie par. 4.6.3.

394 De bezitter voerde het verweer, dat niet op hem maar ingevolge art. 6:181 op de dierenarts (zélf) de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 6:179 voor de door het paard aangerichte schade rustte, overigens niet. Wel werd een beroep op ‘eigen schuld’ gedaan maar dit werd verworpen, met name omdat een deskundige had vastgesteld dat de dierenarts redelijk en bekwaam had gehandeld, terwijl het paard op een wijze ‘door het lint’ was gegaan die onvoorzienbaar was.

395 Vgl. ook Vansweevelt en Weyts 2009, p. 582-588 over de vraag of de bewaarder van een dier ‘gebruiker’ ex art. 1385 Belgisch BW kan zijn. Van belang is de zeggenschap over het dier *in tijd* (hoe langer, hoe meer de mogelijkheid van daadwerkelijke zeggenschap stijgt), *in ruimte* (ontferming over het dier bij de eigenaar thuis of op een eigen terrein dan wel valt te kiezen waarnaar het dier wordt meegenomen) en *in zelfstandigheid* (is het toezicht zelf in te vullen of gelden instructies van de eigenaar; kan het toezicht zonder tussenkomst van de eigenaar worden uitgeoefend?), terwijl ook het aspect van *deskundigheid en vaardigheid* van belang wordt geacht (om de leiding en toezicht over het dier te kunnen uitoefenen).

De kwestie kan als gezegd gemakkelijk van kleur verschieten, bijvoorbeeld wanneer de dierenarts het te behandelen paard 'meeneemt' en enige tijd 'opneemt' in zijn dierenkliniek. Alsdan is het wél de dierenarts, en niet langer de bezitter, die in de beste positie verkeert invloed op de aan het dier verbonden risico's uit te oefenen, van welke zorg anderen afhankelijk zijn. De dierenarts is nu niet meer te zien als vluchtige passant of gast die (de organisatie van) een ander tegemoet treedt; nu is hij 'in control'. De aspecten tijd, ruimte, zelfstandigheid en deskundigheid/vaardigheid wijzen in de richting van de dierenarts. Zijn bemoeienis met het paard is nu immers bestendiger, het dier bevindt zich op het terrein van de dierenarts, de dierenarts kan de zorg voor het dier zonder tussenkomst van de bezitter c.q. naar eigen inzicht uitoefenen en staat ook in voor de verzorging en voeding, terwijl de dierenarts bovendien de deskundigheid en vaardigheden heeft om het toezicht en de leiding uit te oefenen. Nu is wel een 'gebruikerschap' met betrekking tot het dier ontstaan: het dier gaat op in de organisatie van de dierenarts, raakt daarin ingebed: het dier is onderdeel van de bedrijfsvoering van de dierenarts gaan uitmaken.<sup>396</sup> Ondersteunend geldt dat ook gebreken in bijvoorbeeld de stallen op het terrein van de dierenarts die verband houden met zijn bedrijfsvoering ex art. 6:181 jo. 174 voor zijn risico komen. En nu het dier zich 'binnen' het bedrijf van de dierenarts bevindt, wijzen ook de in relatie tot art. 6:181 wel relevant geachte aspecten van opspoorbaarheid en eenheid in zijn richting als 'verantwoordelijke'. Wat voor de dierenarts in relatie tot art. 6:181 geldt, zal in beginsel ook hebben te gelden voor de hoefsmid die het paard van de bezitter beslaat: heeft de hoefsmid ten opzichte van (de organisatie van) de bezitter kort gezegd als 'gast' te gelden, of zijn de omstandigheden zodanig dat het paard geacht kan worden onderdeel te zijn gaan uitmaken van de bedrijfsvoering van de hoefsmid?

In het perspectief van het vorenstaande past het voorbeeld van een medewerker van de Dierenambulance die zich tijdelijk ontfermt over andermans zieke of gewonde dier. Vindt deze 'bewaarneming' hooguit enkele ogenblikken en op de openbare weg ('op locatie') plaats waar het dier werd aangetroffen, dan zal de band met het dier te weinig sprekend zijn om de ambulancedienst als bedrijfsmatige 'gebruiker' ex art. 6:181 jo. 179 te kunnen aanmerken: de bezitter is de ex art. 6:179 aansprakelijke.<sup>397</sup> Dit kan echter anders zijn wanneer de Dierenambulance het op locatie aangetroffen dier meeneemt naar de eigen opvang, waar dit dier enige tijd verblijft en wordt verzorgd. Alsdan wijzen de zeggenschap over het dier

---

396 Het paard zal als onderdeel van de bedrijfsvoering hebben te gelden, zodra dit dier op het terrein bij de bezitter in de paardentrailer door de dierenarts is ingeladen. Brengt het dier schade toe tijdens het vervoer, dan is de dierenarts op dat moment in beginsel de ex art. 6:181 jo. 179 aansprakelijke. Zie in deze richting Hof Leeuwarden 28 februari 2012, *JA* 2012/73 (*Uitladen paard*).

397 Dit past in de lijn van Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3304 (*Botsing met kat*), waarin werd geoordeeld dat degene die zich het lot van een zwerfkat aantrekt of dit dier tijdelijk onder zijn hoede neemt, nog niet verwordt tot de in art. 6:179 bedoelde bezitter daarvan.

in tijd, ruimte en zelfstandigheid alsook het aspect van deskundigheid en vaardigheden in de richting van een aansprakelijkheid van de Dierenambulance als ‘gebruiker’ ex art. 6:181 jo. 179.<sup>398</sup>

In de ‘tussencategorie’ past ook het in de literatuur gegeven voorbeeld van de ingehuurde chauffeur om een rit te maken in de dienstauto van de directeur van een multinational.<sup>399</sup> In beginsel kwalificeert mijns inziens niet (ook) het chauffeursbedrijf, maar alleen de multinational als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de auto ex art. 6:181 jo. 173. Het ingehuurde bedrijf treedt als gast de organisatie van de multinational tegemoet, haar feitelijke gebruik van de auto is kortdurend en vindt niet zonder tussenkomst van de multinational plaats. Niet uitgesloten echter is dat op zeker moment een ‘gebruikerschap’ zijdens het chauffeursbedrijf ontstaat, bijvoorbeeld wanneer de chauffeur op bestendige basis wordt ingehuurd. Cumulatieve aansprakelijkheid van beide bedrijven ex art. 6:181 lid 1 acht ik dan niet ondenkbaar. Wanneer de directeur van de multinational evenwel gebruik maakt van een chauffeursbedrijf dat hem *niet* rondrijdt in zijn eigen directeursauto maar in een auto van het chauffeursbedrijf zelf – vgl. de in par. 7.8.2 genoemde directeur die passagier van een taxi is –, zal de aansprakelijkheid ex art. 6:181 jo. 173 alleen op het chauffeursbedrijf rusten.

Ook noem ik de situatie waarin een met zijn auto langs de snelweg gestrande bezitter ‘de wegenwacht’ belt, die vervolgens langskomt om de auto ter plekke te repareren. Ondanks dat de monteur doorgaans geen achterstand qua deskundigheid en vaardigheden ten opzichte van de bezitter heeft – hij is juist ingeroepen omdat hij meer verstand van auto’s dan de bezitter heeft –, meen ik dat gedurende het repareren van de auto niet het garagebedrijf maar de bezitter de aansprakelijkheid ex art. 6:173 draagt. Ook hier gaat voor de monteur de ‘gastgedachte’ op, terwijl zijn bemoeienis in tijd maar beperkt zal zijn, de auto zich niet ‘op zijn terrein’ bevindt en hij zijn macht over de auto niet zelfstandig maar in aanwezigheid van de bezitter uitoefent. Voorts zal in geval van een reparatie langs de snelweg geen sprake zijn van ‘gevaarverhoging’ wegens een *feitelijk handelen met* de auto in de vorm van het laten rijden.<sup>400</sup> De casus verschiet evenwel van kleur indien de monteur besluit de auto op zijn trailer te laden en af te voeren naar de locatie van zijn garagebedrijf voor een reparatie, mede om een testrit met de auto (‘feitelijk handelen met’) te kunnen maken.

---

398 In Hof Leeuwarden 19 december 2001, rolnr. 96/00368 (niet gepubl.) (*Dierenambulance*), r.o. 2.3.1 werd in een dergelijk geval de Dierenambulance niet als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ aangemerkt, omdat volgens het hof sprake was van het bewaren en vervoeren van andermans hond terwijl de ambulancedienst ook geen profijt van het dier had. Deze motivering kan de niet-toepassing van art. 6:181 mijns inziens echter niet dragen (zie par. 7.6.3). Gelet op het aspect ‘zeggenschap’ was overigens relevant dat de Dierenambulance, kort voordat de hond op de openbare weg het verkeersongeval veroorzaakte, dit dier weer had losgelaten.

399 Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 300.

400 In tegenstelling tot bijvoorbeeld het hierna in par. 7.8.4, 1<sup>e</sup> alinea, genoemde garagebedrijf.

#### 7.8.4 *In beginsel voldoende zeggenschap*

De doctrine vermeldt ook het voorbeeld van de bezitter die zijn auto ter reparatie naar een garagebedrijf brengt, dat in dat kader een proefrit maakt waarbij de versnellingspook afbreekt met een ongeval en schade bij een derde tot gevolg.<sup>401</sup> Alsdan behoort naar mijn idee in beginsel niet de bezitter maar ingevolge art. 6:181 het garagebedrijf als bedrijfsmatige 'gebruiker' van de auto de aansprakelijkheid ex art. 6:173 te dragen. In de eerste plaats betreft het maken van een testrit met de auto een feitelijk handelen waarmee de kans op schade door een (verborgen) gebrek in de zaak wordt verhoogd. Voorts is de bemoeienis met de auto niet vluchtig maar van zekere duur, bevindt de auto zich 'op het terrein' van het bedrijf, kan het bedrijf de zeggenschap over de zaak zonder tussenkomst van de bezitter uitoefenen en beschikt het bedrijf daartoe ook over de nodige deskundigheid en vaardigheden. De auto is onderdeel van de bedrijfsvoering geworden c.q. daarin ingebed. Overigens komt een aansprakelijkheid van het garagebedrijf ex art. 6:181 jo. 173 mij ook juist voor als de reparatie niet zag op 'het pookje': door het feitelijk handelen met de auto (het laten rijden) wordt het bedrijf geacht het aansprakelijkheidsrisico van schade door (verborgen) gebreken in de auto te hebben aanvaard.<sup>402</sup> Daarbij geldt dat (voor een garagebedrijf) het afbreken of losraken van een auto-onderdeel geen absoluut of objectief onbekend gevaar is.

Een voorbeeld biedt ook HR 24 november 2017, *RvdW* 2017/1278 (*Schavemaker/Planet c.s.*). In een bedrijfsverzamelgebouw ontstond brand als gevolg van een (spontane) kortsluiting in de accubekabeling van een vrachtwagen, die daar in de constructiewerkplaats was gestald met het oog op het verhelpen van een storing in het hydraulische systeem. De cassatieprocedure draaide om de vraag of het bedrijf dat de loods had gehuurd waarin de vrachtwagen was gestald, op voet van art. 6:181 jo. 174 aansprakelijk was voor de brandschade door het gestelde gebrek in de opstal (ontbreken van brandwerende voorzieningen, zodat de brand kon overslaan naar naastgelegen bedrijfsunits).<sup>403</sup> Ik focus nu echter op de vrachtwagen waarin de kortsluiting ontstond. Het was in deze zaak de bezitter zelf, een transportonderneming, die de beoogde reparatie aan de vrachtwagen zou uitvoeren. Stel nu echter dat de reparateur een ander dan de bezitter was geweest, een garagebedrijf waarbij de (verborgen) gebrekkige vrachtwagen was gestald met brandschade bij een derde tot gevolg. Had deze reparateur dan als bedrijfsmatige 'gebruiker' ex art. 6:181 jo. 173 van de vrachtwagen aangemerkt kunnen worden? Ik neig daar wel naar. Ondanks dat van een 'laten rijden' geen sprake is, betreft het repareren wel een feitelijk handelen met de vrachtwagen (vgl. het be- en verwerken van zaken of het 'beleren' van een paard), waaronder begrepen het onder zich houden hiervan *met het oog op* de reparatie. De bemoeienis met de zaak is verder niet vluchtig, de vrachtwagen bevindt zich 'op het terrein' van het garagebedrijf, terwijl

---

401 Hartlief 2011, p. 1313.

402 Overigens zal een geval als dit zich veeleer oplossen via de regeling van de WAM jo. art. 6:162 en 185 WvW.

403 Zie voor een bespreking par. 7.6.5.1.

dit bedrijf zonder tussenkomst van de bezitter zeggenschap over de zaak kan uitoefenen en bovendien beschikt over relevante kennis en kunde. De vrachtwagen is onderdeel geworden van de bedrijfsvoering van het garagebedrijf. Dat de voorgenomen reparatie niet zag op de accubekabeling waarin de brand ontstond, doet hieraan niet af. Het met het oog op reparaties binnen het bedrijf stallen van defecte motorrijtuigen betreft een gevaarverhogende bedrijfsactiviteit, die op verschillende wijzen tot schade kan leiden, terwijl kortsluiting in een elektrisch systeem van een te repareren vrachtwagen, hoewel in de gegeven omstandigheden mogelijk niet direct te verwachten of voorzienbaar, (voor een garagebedrijf) geen absoluut of objectief onbekend gevaar is. Het door kortsluiting in brand vliegen van de ter reparatie aangeboden vrachtwagen is in de context van art. 6:181 jo. 173 mijns inziens dan ook als een ‘bedrijfsrisico’ aan te merken. Ondersteunend voor de aansprakelijkheid van het garagebedrijf in dit geval zijn de aspecten opspoorbaarheid en verzekering/schadespreiding.

Hier ligt in mijn ogen dicht tegenaan het door A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het *Loretta*-arrest gegeven voorbeeld van de hijskraan die de eigenaar voor de jaarlijkse onderhoudsbeurt in handen geeft van een gespecialiseerd onderhoudsbedrijf.<sup>404</sup> Gedurende de aanwezigheid van de kraan binnen dit bedrijf gaat deze uit zichzelf rijden, waardoor de giek ergens tegenaan komt of een last naar beneden valt, met schade tot gevolg. Wanneer het onverwachts ‘gaan rijden’ van de kraan is terug te voeren op een gebrek van de kraan,<sup>405</sup> meen ik dat de aansprakelijkheid van art. 6:173 ingevolge art. 181 op het onderhoudsbedrijf behoort te rusten. De argumentatie daartoe is sterk vergelijkbaar met die in het hiervoor gegeven voorbeeld van de te repareren vrachtwagen waarin kortsluiting ontstaat. Overigens pleitte ook Langemeijer in het door hemzelf gegeven voorbeeld voor het onderhoudsbedrijf, en niet de bezitter van de hijskraan, als kwalitatief aansprakelijke partij, nu het hem aantrekkelijker voorkomt de aansprakelijkheid ‘te concentreren op de plaats waar de risico’s samenkomen’.

Tot slot het voorbeeld van particulier A, bezitter van een elektrische slijptol, die dit apparaat voor een bepaalde klus uitleent aan bedrijf B. Zeer kort na aanvang van de werkzaamheden en inschakeling van de machine door B, ontploft deze met schade bij een derde tot gevolg. Ondanks het (nog maar) zeer kortstondige gebruik dat B van de machine heeft gemaakt, meen ik dat hij ingevolge art. 6:181 is belast met de aansprakelijkheid ex art. 6:173. Door zijn feitelijk handelen met de zaak kan hij geacht worden het aansprakelijkheidsrisico van schade door een (verborgen) gebrek in de machine te hebben aanvaard. De uitkomst zal niet anders zijn wanneer A geen particulier is, maar de zaak bedrijfsmatig aan B ter beschikking stelt.<sup>406</sup> In beide gevallen is de zaak na de terbeschikkingstelling onderdeel van B’s bedrijfsvoering gaan uitmaken. Dat B de zaak op het moment van de

---

404 Conclusie sub 3.16 voor HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Paard Loretta*).

405 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5865 (*Heftruck*), waarin een heftruck wegens een gebrek in de beveiliging plotseling ging rijden met ernstig letsel tot gevolg.

406 Een situatie die onder – het door mij overbodig geachte – lid 2 van art. 6:181 valt.

schadeveroorzaking nog maar kortstondig had gebruikt, staat zijn aansprakelijkheid niet in de weg nu andere (zwaarder wegende) omstandigheden de kwalitatieve aansprakelijkheid (toch) zijn kant op doen kantelen: het feitelijk handelen met de zaak door B, waarmee de verwezenlijking van het aan de machine verbonden gevaar in geval van aanwezigheid van een (verborgen) in de hand wordt gewerkt.<sup>407</sup> Als ondersteunend hebben te gelden de deskundigheid van B, het profijtbeginsel en diens mogelijkheden de kosten van de aansprakelijkheid te spreiden. Overigens kan ter relativering van de maar zeer beperkte duur van het feitelijke gebruik door B in deze casus nog worden bedacht dat die werd veroorzaakt door de ontploffing van de machine; B's intentie betrof een langduriger, namelijk gedurende de gehele te klaren klus, gebruik van deze zaak.

#### 7.8.5 *Tussenconclusie*

Om de kwalitatief aansprakelijke persoon te kunnen aanwijzen moet nagegaan worden wie, gebaseerd op 'zeggenschap', voor de door de zaak aangerichte schade 'hoofd- of eindverantwoordelijk' kan worden geacht. In het algemeen zal dat iemand zijn die een zekere bestendige band met de desbetreffende zaak heeft. De aansprakelijkheid van art. 6:181 berust als gezegd op een veronderstelde zorgplicht voor de zaak. Incidenteel of kortdurend gebruik van de zaak kan eraan in de weg staan om geacht te worden die zorgplicht – controle van de zaak, het zonodig wegnemen van gebreken en/of het treffen van voorzorgsmaatregelen – waar te maken. Hoewel de aansprakelijkheid ex art. 6:181 zijn achtergrond vindt in de gedachte van de schending van een zorgplicht, is deze geen (echte) 'fout-aansprakelijkheid'. Zodoende kan een persoon dus heel wel ex art. 6:181 aansprakelijk zijn bij gebreke van een bestendige band of duurzame relatie met de schadeveroorzakende zaak. Een voorbeeld hiervan biedt het aan het slot van de vorige paragraaf genoemde bedrijf dat voor een eenmalige klus een slijptol leent, die evenwel direct na aanvang van het gebruik ontploft. Steeds zal aan de hand van alle omstandigheden van het specifieke geval degene moeten worden aangewezen die binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 als 'meest verantwoordelijke' voor de ontstane schade heeft te gelden. Mede aan de hand van een bespreking van diverse casusposities heb ik getracht hiertoe een aantal concrete gezichtspunten te geven en het kader te schetsen waarbinnen de beoordeling kan worden gemaakt.

Hierbij kan nog in herinnering worden gebracht dat ik reeds heb verdedigd dat zodra in een voorkomend geval gereede twijfel blijft bestaan over een aansprakelijkheid van de bezitter óf bedrijfsmatige gebruiker – zowel de één als de ander heeft een zekere 'bemoeyenis' met de zaak – bij de te maken keuze betekenis kan toekomen aan het systeem van de wet als 'af rondingsfactor': waar mogelijk gaat binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 de voorkeur uit naar de 'professional' als aansprakelijke.<sup>408</sup> Gelet op de 'absorberende' werking van

---

407 Een eventuele regresactie van B op A is uiteraard mogelijk.

408 Zie reeds par. 4.6.5.

art. 6:181 c.q. deze ‘af rondingsgedachte’ sluit ik niet uit dat bij de toepassing van het gebruiksbegrip in grensgevallen tevens betekenis kan toekomen aan het feit op wie de aansprakelijkheid ex art. 6:173, 174 en 179 rust wanneer art. 6:181 *niet* zou worden toegepast: betreft het ‘vangnet’ een particulier dan zou dat de neiging kunnen opwekken art. 6:181 (toch maar) toepasselijk te achten, terwijl bij ‘teruggevallen’ op een ‘professional’ (eerder) van toepasselijkheid van art. 6:181 afgezien zou kunnen worden.<sup>409</sup> Denk bijvoorbeeld aan het dier dat in de kliniek van de dierenarts wordt opgenomen, zij het echter voor een kortdurende behandeling en in continue aanwezigheid van de particuliere bezitter. Wellicht dat in een dergelijke casus eerder geneigd kan worden naar het toepassen van art. 6:181 op de dierenarts dan in het geval waarin niet een ‘consument’ maar een (professionele) veehandelaar als bezitter bij de gang van zaken betrokken is.

Is sprake van twee of meer betrokken bedrijven terwijl het onvoldoende sprekend is/blijft wie van hen de grootste mate van invloed op de aan de betreffende zaak verbonden risico’s heeft, dan zal ingevolge art. 6:181 lid 1 overigens een hoofdelijke aansprakelijkheid van bedrijfsmatige *medegebruikers* voor de hand liggen.

Tot slot wijs ik er nog op dat, mede gelet op het aspect van de ‘opspoorbaarheid’ van de aansprakelijke persoon en het voorkomen dat de benadeelde van ‘het kastje naar de muur’ wordt gestuurd, in menig geval een ‘verzwaarde stelplicht’ van de op kwalitatieve grondslag aangesprokene aangenomen zal kunnen worden:<sup>410</sup> ingeval de – in eerste instantie – aangesprokene (bijvoorbeeld de dierenarts) meent dat op het moment van de schadeveroorzaking niet hij maar *een ander* (bijvoorbeeld de bezitter van het dier) ‘de grootste mate van zeggenschap’ had, zal de aangesprokene de benadeelde waar mogelijk ook ‘op het spoor’ van die ander moeten zetten en ter zake dienende feitelijke gegevens moeten verstrekken.

## 7.9 Nogmaals: zeggenschap en de exclusieve werking van art. 6:181

Naar aanleiding van het *Loretta*-arrest is in de literatuur vanuit het oogpunt van slachtofferbescherming wel gepleit voor het binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 aanvaarden van een cumulatieve aansprakelijkheid van bezitter én bedrijfsmatige gebruiker. Eerder al heb ik bepleit dat deze kritiek op het eerste gezicht wellicht invoelbaar is, maar uiteindelijk niet steekhoudend voorkomt.<sup>411</sup> Daartoe werd in relatie tot het *Loretta*-arrest aangegeven dat zodra *een ander* dan de bezitter een in art. 6:179 bedoeld dier bedrijfsmatig gebruikt, de band van de bezitter met dit dier niet (meer) sprekend genoeg is om diens kwalitatieve aansprakelijkheid voor daardoor aangerichte schade te rechtvaardigen. De bezitter is niet (langer) degene met de grootste mate van invloed op de aan het dier verbonden risico’s: het is de bedrijfsmatige gebruiker die het aan dieren verbonden

409 Zie in deze zin reeds par. 6.7 betreffende de toepassing van het bedrijfsbegrip van art. 6:181.

410 Zie hierover reeds par. 4.6.6.5.

411 Par. 3.3.3.1.



'verhoogde gevaar' in het leven roept en die ook in de beste positie verkeert maatregelen te treffen om verwezenlijking daarvan te voorkomen. Duidelijk is inmiddels geworden dat de essentie van de kanaliseringsconstructie van art. 6:181 neerkomt op het telkens willen leggen van de kwalitatieve aansprakelijkheid bij degene met de (grootste mate van) invloed op de aan de verschillende in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde 'gevaarsobjecten' verbonden risico's. In dit licht acht ik het juist dat binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 de aansprakelijkheid steeds rust op de bedrijfsmatige gebruiker óf de bezitter. Wanneer een persoon andermans zaak bedrijfsmatig gebruikt, neemt de band van de bezitter met die zaak danig af: de bezitter heeft geen invloed meer op het opwekken van de risico's en verkeert evenmin nog in de beste positie schade te voorkomen. Het is niet 'billijk' de bezitter die met de zaak 'niets (meer) van doen heeft' toch nog te belasten met een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door die zaak aangerichte schade. Achter dit aspect van de veronderstelde zorgplicht gaan andere wel relevant geachte (niet-juridische) aspecten als ondersteunend schuil: de bedrijfsmatige gebruiker wordt geacht profijt van de zaak te hebben, als meest nabij gemakkelijk opspoorbaar te zijn, als eenheid aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen en het beste in staat te zijn, al dan niet via een verzekering, de schade te spreiden.

Uiteraard besef ik dat niet alle praktijkgevallen zo zwart-wit zijn als hier nu geschetst: soms zal zowel de bezitter als (vermeend) bedrijfsmatige gebruiker een zekere 'bemoeienis' met de schadeveroorzakende zaak hebben (behouden). Een gelijktijdige/hoofdelijke aansprakelijkheid is vanwege de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 niet mogelijk. Steeds zal een keuze gemaakt moeten worden voor de één of de ander. Tjong Tjin Tai heeft zich hierom afgevraagd of één overkoepelende term ter aanduiding van de kwalitatief aansprakelijke niet beter was geweest, zoals de beheerder.<sup>412</sup> Dat zou dan ruimte bieden om tegelijkertijd meerdere 'beheerders' (waaronder dan de huidige bezitter én bedrijfsmatige gebruiker) aan te wijzen. Ik vraag mij echter af of één term als 'de beheerder' een wenselijker systeem oplevert. Ook in dat geval wordt gestuit op uitlegproblemen aan de hand van aspecten als bezit, gebruik, zorg, zeggenschap, profijt, etcetera, een kanttekening die overigens ook Tjong Tjin Tai zelf direct bij zijn eigen suggestie plaatst.<sup>413</sup> Wel moet worden bedacht dat in gevallen waarin sprake is van een *bezitter die bedrijfsmatig handelt* een hoofdelijke aansprakelijkheid van deze bezitter en een (andere) bedrijfsmatige gebruiker ex art. 6:181 mogelijk is. Is de bezitter een particulier, dan kan in het huidige systeem inderdaad wringen dat wanneer zowel deze als de bedrijfsmatige gebruiker een bepaalde 'bemoeienis' met de zaak heeft (behouden) jegens de derden benadeelde een hoofdelijke aansprakelijkheid van beiden niet mogelijk is. Anderzijds acht ik het niet onoverkomelijk dat in grensgevallen geen hoofdelijkheid maar

412 *NJ*-noot onder het *Loretta*-arrest. Zo ook reeds Schut 1963, p. 188, 200-203, 207-209 alsook 1976, p. 641-642.

413 Zo heeft bijvoorbeeld in Frankrijk de uitleg van de term 'gardien' tot een grote hoeveelheid aan ingewikkelde jurisprudentie geleid. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/229.

een exclusieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker intreedt. In dat geval ontspringt de particuliere bezitter de aansprakelijkheidsdans – volgens de totstandkomingsgeschiedenis van afd. 6.3.2 BW een persoon die door het recht in het algemeen wordt ontzien –,<sup>414</sup> en is als enige de betrokken ‘professional’ aansprakelijk, degene voor wie het profijtbeginsel veelal nadrukkelijker speelt, die normaliter deskundiger is en beter in staat risico’s in te schatten en (veiligheids) maatregelen te treffen en die de kosten van de aansprakelijkheid, al dan niet via een verzekering, gemakkelijker dan de particuliere bezitter kan spreiden.

### 7.10 Conclusie en afronding

De ‘grondgedachte’ achter de aansprakelijkheden van art. 6:173, 174, 175 en 179 is het bieden van (financiële) bescherming tegen bronnen van ‘verhoogd gevaar’ (waarom-vraag). Als kwalitatief aansprakelijke heeft te gelden degene die voor de verwezenlijking van dit gevaar ‘het meest verantwoordelijk’ kan worden geacht (wie-vraag). Deze verantwoordelijkheid berust op zeggenschap. Het gebruiksbegrip van art. 6:181 wordt dan ook met dit element ingevuld: de bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van een roerende zaak, opstal, dier of gevaarlijke stof is degene met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheden beogen te beschermen. De in deze *algemene* maatstaf bedoelde ‘zeggenschap’ kan zien op het in de hand werken of opwekken van de aan de zaak verbonden gevaren, maar ook op het kunnen treffen van maatregelen om verwezenlijking van de aan de zaak verbonden gevaren te voorkomen. Dat ‘zeggenschap’ een centrale vervult in de toepassing van art. 6:181 vindt steun in de bevinding dat art. 6:170, en *niet* art. 6:171, als inspiratiebron voor de uitleg van art. 6:181 heeft te gelden.<sup>415</sup> Uit het binnen art. 6:181 dominante aspect van zeggenschap vloeien andere (praktische en economische) aspecten als opspoorbaarheid, profijt, eenheid, schadespreiding en verzekering voort of gaan daarachter als ondersteunend schuil. Nu het relevante risico verbonden aan de verschillende in art. 6:173, 174, 175 en 179 genoemde ‘bronnen van verhoogd gevaar’ niet hetzelfde is, heb ik verdedigd dat de toepassing van de term ‘gebruik’ tot verschillende uitkomsten kan leiden bij de te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid. Mede aan de hand van diverse casusposities heb ik gezichtspunten gegeven aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of al dan niet sprake is van voldoende ‘zeggenschap’ voor de toepassing van art. 6:181. Aan de hand van de verschillende voorbeelden is tevens geïllustreerd hoe ik de concrete toepassing van een op zeggenschap geïnspireerde uitleg van art. 6:181 in voorkomende gevallen zie.

In dit hoofdstuk is ook betoogd dat in geval van een invulling van het gebruiksbegrip van art. 6:181 aan de hand van zeggenschap de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 (materieelrechtelijk) overbodig is, evenzo lid 2 en 3 van art. 6:181 die zien op situaties van terbeschikkingstelling van zaken. Tot slot maakt ‘zeggenschap’ als aanknopingspunt voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:181

414 *Kamerstukken II* 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

415 Zie hoofdstuk 5, in het bijzonder par. 5.4.

mijns inziens duidelijk dat de exclusieve werking van dit artikel ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 gerechtvaardigd is: is een persoon bedrijfsmatige 'gebruiker' van andermans zaak in de zin van art. 6:181, dan wordt een *ander dan de bezitter* geacht in de beste positie te verkeren invloed op de aan die zaak verbonden risico's uit te oefenen. Een kwalitatieve aansprakelijkheid – gebaseerd op een *veronderstelde* zorgplicht voor de zaak – van de bezitter komt dan niet (langer) billijk voor.

## 8 | ‘In de uitoefening van’

### 8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het derde kernvereiste van art. 6:181 centraal, inhoudende dat de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken worden gebruikt ‘*in de uitoefening van*’ het op voet van art. 6:181 aangesproken bedrijf.<sup>1</sup> Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat een bedrijfsmatige gebruiker niet aansprakelijk is voor iedere schadeveroorzaking door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, maar dat steeds een zekere band moet bestaan tussen het gebruik van deze zaken en diens bedrijfsuitoefening. Ook het functioneel verband-vereiste van art. 6:18 beoogt de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker af te bakenen: voor gebruik van de zaak dat te ver verwijderd is van de betreffende bedrijfsactiviteiten, wordt degene die dit bedrijf uitoefent niet ‘verantwoordelijk’ gesteld.<sup>2</sup> Steeds is het de vraag of een zodanige functionele samenhang bestaat tussen het gebruik van de schadeveroorzakende zaak en de bedrijfsuitoefening, dat degene die dit bedrijf uitoefent daarvoor aansprakelijk is. Gezien de bevindingen in de hoofdstukken 4 en 5, zal in ieder geval als uitgangspunt hebben te gelden dat het functioneel verband van art. 6:181 *een ruime uitleg* toekomt.

Een voorbeeld waarin zonder meer aan het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 zal zijn voldaan, betreft het manegebedrijf dat bij het geven van paardrijlessen andermans paard inzet. Brengt dit dier tijdens een rijles een derde schade toe, dan zal het functioneel verband van art. 6:181 in ieder geval niet in de weg staan aan een aansprakelijkheid van de manege als bedrijfsmatige gebruiker. De band tussen het gebruik van het paard en de bedrijfsuitoefening van de manege is sprekend: de paarden worden onmiskenbaar ‘in de uitoefening van’ het manegebedrijf ingezet. Minder sprekend is de casus waarin de manege in het kader van een eenmalige open dag een luchtkussen van een derde huurt, ter vermaak van de kinderen van potentiële nieuwe leden terwijl deze laatsten ter kennismaking een paardrijles kunnen volgen. Gebruikt het manegebedrijf ook dit luchtkussen ‘in de

---

1 Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ziet blijkens hoofdstuk 6 op ‘de professional’. Omwille van de leesbaarheid wordt in dit hoofdstuk niettemin wel van ‘bedrijf’, ‘bedrijfsuitoefenaar’, ‘bedrijfsmatige’ gebruiker en diens ‘bedrijfsactiviteiten’ gesproken.

2 Van Swaaij en Pluymen 2011, p. 299 menen dat de term ‘functioneel verband’ in het kader van art. 6:181 niet voor de hand ligt, omdat het anders dan bij art. 6:170 niet gaat om het leggen van een verband tussen fout en functie. Niettemin meen ik dat de term functioneel verband ook te hanteren is bij art. 6:181, aangezien het gaat om een aansprakelijkheid voor zaken die functioneel voor het bedrijf worden geacht.

uitoefening van' haar bedrijf? Het luchtkussen wordt weliswaar gebruikt ten behoeve van het manegebedrijf, maar het aanbieden van 'luchtkussenvermaak' en het geven van paardrijlessen zijn – naar hun aard en ook uiterlijk – duidelijk te onderscheiden gescheiden bedrijfsactiviteiten. Moet hierom worden aangenomen dat het gebruik van het luchtkussen te ver verwijderd is van de (eigenlijke) bedrijfsactiviteiten van de manege? En wat te denken van de werknemer van de manege die zich op de verjaardag van zijn dochter mét haar maar zónder medeweten van zijn werkgever na sluitingstijd toegang tot de manege verschaft, om de jarige te trakteren op een 'privé-rit' in de binnenbak? Tijdens deze rit maakt het paard – dat door een derde aan de manege ter beschikking was gesteld om buitenritten mee te maken – onverwachts een bokkesprong en werpt de berijder af. Is in dit geval van privégebruik nog sprake van gebruik van het dier 'in de uitoefening van' het manegebedrijf ex art. 6:181?

Gedurende de parlementaire totstandkoming van art. 6:181 is het functioneel verband-vereiste niet afzonderlijk aan de orde gesteld. Voorts heeft dit vereiste in de literatuur en rechtspraak nog maar weinig aandacht mogen genieten. En waar in wetenschappelijke beschouwingen wél wordt ingegaan op het criterium 'in de uitoefening van' een bedrijf in art. 6:181, wordt veelal – korthedshalve – volstaan met een verwijzing naar het criterium 'ter uitoefening van' diens bedrijf zoals geldt met betrekking tot zelfstandige hulppersonen neergelegd in art. 6:171.<sup>3</sup> Bij eerdere gelegenheid heb ikzelf al enige aandacht aan het functioneel verband van art. 6:181 besteed, waarbij werd verdedigd dat art. 6:181 nu juist niet het spoor van art. 6:171 – maar van art. 6:170 – volgt.<sup>4</sup> Waar nodig zal ik in dit hoofdstuk mijn bevindingen herhalen en nader uitwerken. Verder is een fundamentele vraag op te werpen naar de zelfstandige betekenis van het functioneel verband-vereiste van art. 6:181: valt de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker bijvoorbeeld niet al voldoende te begrenzen aan de hand van het gebruiksbegrip van deze bepaling? Zo kwalificeert blijkens hoofdstuk 7 een persoon (pas) als bedrijfsmatige 'gebruiker' van een zaak zodra deze daarmee kort gezegd 'de meest sprekende band' heeft. Ligt in het aanwijzen van iemand als bedrijfsmatige 'gebruiker' niet al de vereiste functionele samenhang besloten tussen het gebruik van de zaak en de betreffende bedrijfsactiviteiten? Aanleiding genoeg derhalve om het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

## 8.2 Het functioneel verband van art. 6:181 is van praktisch geringe betekenis

Vanwege de beperkte aandacht die het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 tot nog toe ten deel is gevallen, is een algemeen uitgangspunt voor de uitleg daarvan – eng of ruim? – nog niet uitgekristalliseerd. Evenmin is duidelijk welke gezichtspunten bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181 in het voorkomende geval van belang zijn. Omdat uit bronnen rondom art. 6:181 zelf

<sup>3</sup> Klaassen 1991, p. 89-90; Lubach 2005, p. 370-371; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

<sup>4</sup> Kolder 2010, p. 295-307. Zie voorts par. 5.4.

maar weinig duidelijk wordt over het functioneel verband-vereiste van deze bepaling, acht ik de plaatsbepaling ten opzichte van art. 6:170 ook hier van belang: art. 6:170 heeft als inspiratiebron voor de juridisch-inhoudelijke toepassing van art. 6:181 te gelden.<sup>5</sup> Net zoals art. 6:181 betreffende *hulpzaken*, kent art. 6:170 betreffende *hulppersonen* ter afbakening van de aansprakelijkheid een functioneel verband-vereiste: tussen de 'fout' van de ondergeschikte en het opgedragen werk moet op grond van art. 6:170 een zodanig verband bestaan, dat de 'gebruiker' van de hulppersoon (de opdrachtgever) voor de door de 'fout' veroorzaakte schade aansprakelijk kan worden geacht. Van belang is dat de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 scharniert om de vraag of de opgedragen werkzaamheden *de kans* tot het maken van de fout hebben vergroot, alsmede of de opdrachtgever *zeggenschap* had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.<sup>6</sup> Wanneer bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181 eveneens betekenis wordt toegekend aan het element van kansvergroting en een zeggenschapseis, lijkt dit functioneel verband-vereiste náást het gebruiksbegrip van art. 6:181 nauwelijks zelfstandige betekenis te hebben. De gedachte achter het aanwijzen van een persoon als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 is immers al dat diegene wordt geacht het aan de zaak verbonden 'verhoogde' gevaar in de hand te werken en de *kans* op schade door een (verborgen) gebrek in de zaak dan wel de 'eigen energie' van het dier te hebben vergroot. De in art. 6:181 bedoelde 'gebruiker' van een zaak wordt geacht de grootste mate van invloed op c.q. *zeggenschap* over de daaraan verbonden risico's te hebben.<sup>7</sup> Kortom, het *gebruiksbegrip* van art. 6:181 bakent de aansprakelijkheid reeds op een wijze af die vergelijkbaar is met het functioneel verband-vereiste van art. 6:181. Ter illustratie van het feit dat het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 zodoende gemist lijkt te kunnen worden, geef ik een tweetal casus.

Een medewerker van een garagebedrijf huurt een aantal keren per jaar een zitmaaier van een hoveniersbedrijf, om het uitgestrekte grasveld rondom het garagebedrijf te kunnen maaien. Op dit grasveld worden te koop aangeboden auto's door het garagebedrijf tentoongesteld aan potentiële kopers. De medewerker heeft toestemming van zijn leidinggevende om, nadat hij het gras rondom het garagebedrijf heeft gemaaid, van de gelegenheid gebruik te maken en altijd ook nog even langs huis te gaan om met de zitmaaier zijn eigen riante privétuin te maaien. Dit laatste gaat nu echter fout, omdat tijdens het maaien plotseling een van de messen van de machine losschiet en een toevallige passant treft. Deze spreekt het garagebedrijf als bedrijfsmatige gebruiker van de zitmaaier ex art. 6:181 jo. 173 tot schadevergoeding aan.

Het andere voorbeeld is ontleend aan HR 8 februari 2008, *NJ* 2008/93 (*Lagraauw/Van Schie*), waarin een tuinbouwbedrijf voor het vervoer van zaken als containers en pallets regelmatig gebruik maakt van een bepaalde transportonderneming. Zo arriveerde op een zekere dag op het terrein van het tuinbouwbedrijf een chauffeur met vrachtwagen om containers te laden. Een werknemer van het tuinbouwbedrijf werd door zijn werkgever zoals gebruikelijk verzocht daarbij een

---

<sup>5</sup> Zie par. 5.4.

<sup>6</sup> HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*), r.o. 3.4.4. Zie ook par. 5.3.1.

<sup>7</sup> Zie par. 7.6 voor de uitwerking hiervan voor de verschillende door art. 6:173, 174, 175 en 179 bestreken 'gevaarsobjecten'.

helpende hand te bieden. Dit keer loopt dat niet goed af, omdat de werknemer wordt getroffen door een laaddeur van de vrachtwagen die vanwege een gebrek plotseling dichtslaat. De werknemer spreekt zijn werkgever als bedrijfsmatige gebruiker van de vrachtwagen ex art. 6:181 jo. 173 tot schadevergoeding aan.<sup>8</sup>

Het gaat mij nu niet om het antwoord op de vraag of deze vorderingen in de beide casus kansrijk zijn of niet, maar om de aanvliegroute om de aansprakelijkheid te beoordelen. Die beoordeling zou in de sleutel van het functioneel verband van art. 6:181 geplaatst kunnen worden. Werd de gebrekkige zitmaaier ten tijde van het ongeval 'in de uitoefening van' het garagebedrijf gebruikt? Kan van het tuinbouwbedrijf worden gezegd de gebrekkige vrachtwagen op het moment van het ongeval 'in de uitoefening van' haar activiteiten te hebben gebruikt? Het is echter ook mogelijk de beoordeling van de functionele samenhang tussen het schadeveroorzakende gebruik van de zitmaaier en vrachtwagen en de uitoefening van het garage- en tuinbouwbedrijf in de sleutel van het gebruiksbegrip van art. 6:181 te plaatsen. Stel dat gezien de eis van kansvergroting en zeggenschap in beide gevallen het gebruik van de schadeveroorzakende zaak wordt geacht in te ver verwijderd verband te staan met de betreffende bedrijfsvoering. Van het tuinbouwbedrijf kan gezegd worden dat zij niet 'als' gebruiker van de gebrekkige vrachtwagen had te gelden, nu kort gezegd niet zij maar de transportonderneming daarmee 'de meest sprekende band' had. Ook van het garagebedrijf zou ten tijde van het privégebruik door een van haar medewerkers gezegd kunnen worden, dat zij op dát moment niet (meer) 'als' gebruiker van de gebrekkige zitmaaier had te gelden. In dit perspectief past ook het in de inleiding van dit hoofdstuk gegeven voorbeeld van de werknemer van de manege die daar privégebruik maakt van andermans paard. Overigens zou de afbakening van schadegevallen op de grens van de bedrijfs- en privésfeer ook via het gebruiksbegrip van art. 6:181 kunnen lopen. Zo zou van het garagebedrijf gezegd kunnen worden dat ten tijde van de schadeveroorzaking door de zitmaaier, deze zaak niet (meer) 'als' bedrijf werd gebruikt maar op persoonlijke titel van de betreffende medewerker. Hetzelfde geldt voor de medewerker van de manege die zijn jarige dochter daar een privérit laat maken. Art. 6:181 vestigt alleen een aansprakelijkheid in de kwaliteit van bedrijf, terwijl in het voorbeeld van het privégebruik van de zitmaaier en het paard op de manege aangenomen zou kunnen worden dat niet (de hoedanigheid van) het garage- of manegebedrijf bij het schadeveroorzakende gebruik was betrokken, maar dat het ging om privégebruik waarop art. 6:181 niet ziet.

Kortom, ook zonder het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 lijkt de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker op de gewenste maat gesneden te kunnen worden. Wordt een bepaald gebruik van een zaak geacht te ver verwijderd te zijn van de bedrijfsvoering voor een aansprakelijkheid op grond van art. 6:181, dan

---

<sup>8</sup> In werkelijkheid sprak de werknemer zijn werkgever ex art. 6:171 aan, en wel voor de beweerde fout van de vrachtwagenchauffeur om de laaddeur niet goed vast te zetten. Deze vordering slaagde reeds niet, omdat het transport bij gebreke van voldoende 'eenheid' *niet* als een werkzaamheid 'ter uitoefening van' het tuinbouwbedrijf werd aangemerkt. Hiernaast werd, zij het eveneens vergeefs, door de werknemer ook een beroep gedaan op art. 7:658.

lijkt een *niet*-aansprakelijkheid aan de hand van de elementen kansvergroting en zeggenschap al bereikt te kunnen worden door de toepassing van het gebruiks- en soms ook bedrijfsbegrip van deze bepaling. En zodra een persoon – aan de hand van de elementen kansvergroting en zeggenschap – eenmaal als ‘gebruiker’ van een in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaak is aangemerkt, zal daarin doorgaans reeds de vereiste functionele samenhang (‘in de uitoefening van’) besloten liggen tussen het gebruik van de zaak en diens bedrijfsuitoefening. Zo beschouwd geldt ook voor de zinsnede ‘in de uitoefening van’ dat zij niet zozeer als afzonderlijk criterium moet worden gezien, maar vooral tot uitdrukking brengt wat ‘de grondnorm’ van art. 6:181 inhoudt.<sup>9</sup> Dit past ook bij mijn eerdere opmerking dat de drie kernvereisten van art. 6:181 (bedrijf, gebruik, ‘in de uitoefening van’) nauw met elkaar samenhangen en ook overlap kunnen vertonen of elkaar kunnen aanvullen, waarbij dan niet ieder element dezelfde mate van zelfstandige betekenis toekomt.<sup>10</sup> Uiteindelijk gaat het zoals gezegd steeds om de ‘totaaltoets’: of van de zaak kan worden gezegd dat deze op het moment van de schadeveroorzaking werd ‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’.

Dat het functioneel verband van art. 6:181 als afzonderlijke vereiste strikt genomen gemist zou kunnen worden, vindt tot slot adstructie in de positie van het functioneel verband-vereiste van ‘inspiratiebron’ art. 6:170 zélf. Wanneer men in een voorkomend geval zou willen aannemen dat onvoldoende verband bestaat tussen een door een in art. 6:170 bedoelde ondergeschikte gemaakte ‘fout’ en de aan hem opgedragen werkzaamheden, is die uitkomst ook al te bereiken door de toepassing van de andere kernbegrippen van art. 6:170, te weten ‘ondergeschikte’ en ‘meester’. Stel dat het gaat om een fout van een ondergeschikte in de privé sfeer: tijdens een vakantie berokkent hij een derde schade. Een vordering ex art. 6:170 jegens diens werkgever zou van de hand gewezen kunnen worden door te oordelen dat de betreffende schade door de veroorzaker niet ‘als’ ondergeschikte (van zijn werkgever) is aangericht.<sup>11</sup> De redenering is dan dat de werknemer zich ten tijde van de schadeveroorzaking niet meer in een ondergeschikt verband ten opzichte van zijn werkgever bevond.<sup>12</sup> Voorts is in geval van een ‘fout’ op vakantie ook denkbaar het oordeel dat een dergelijke door een ondergeschikte gemaakte fout zó ver van de (eigenlijke) taakvervulling afstaat, dat de opdrachtgever dáárvan voor een tijdens vakantie begane fout niet ‘als’ werkgever is aan te spreken. Oftewel, er is niet voldaan aan het ‘meester-begrip’ van art. 6:170.

9 Eenzelfde geldt voor de – strikt genomen overbodige – tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 (par. 7.6.5.2) en de leden 2 en 3 van art. 6:181 (par. 7.7.1 en 7.7.2).

10 Zie in deze zin reeds par. 1.3.

11 Vgl. ook Parl. gesch. Boek 6, p. 715: wanneer de ondergeschikte niet handelt ter vervulling van zijn taak maar louter eigen doeleinden nastreeft, ‘dus niet als ondergeschikte de daad beging’ (curs. van de Toelichting Meijers), is het verband met het opgedragen werk te ver verwijderd om aansprakelijkheid ex art. 6:170 te kunnen aannemen.

12 Illustratief is ook dat blijktens HR 14 juli 2017, *NJ 2017/467*, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*) binnen art. 6:170 bij het ondergeschiktheids- én functioneel verband-vereiste hetzelfde aspect van zeggenschap een rol speelt. Dit terwijl in de literatuur (vgl. par. 5.3.1) wel is betoogd dat wanneer de zeggenschapseis bij het functioneel verband dezelfde betekenis zou toekomen als ter afbakening van de kring van personen waarvoor de opdrachtgever aansprakelijk is, zij *overbodig* is. Ook hier derhalve een indicatie dat het ondergeschiktheidsvereiste van art. 6:170 het functioneel verband-vereiste van deze bepaling op zijn minst overlapt.



Hoewel het functioneel verband van art. 6:181 (en ook art. 6:170) strikt genomen gemist lijkt te kunnen worden, zal dit vereiste in bepaalde gevallen toch een verhelderende rol kunnen spelen. Naar mijn idee valt in ieder geval te denken aan 'bijzondere' schadegevallen met zaken *binnen* het op voet van art. 6:181 aangesproken bedrijf (par. 8.4.2) en ook aan schadegevallen die op de grens van de bedrijfs- en privésfeer (par. 8.4.3) liggen. Het gaat om situaties waarin een direct verband tussen het gebruik van de zaak en de ('reguliere') activiteiten van de bedrijfsuitoefenaar ontbreekt. Wanneer de afbakening in dergelijke gevallen in de sleutel van het functioneel verband van art. 6:181 wordt geplaatst, en niet in die van zijn gebruiks- of bedrijfsbegrip, zou dat, zoals nog zal blijken (par. 8.4.1), kunnen leiden tot een beter beargumenteerde en/of meer inzichtelijke beoordeling.<sup>13</sup> Hierom wordt in het navolgende (toch) uitgewerkt hoe de toetsing aan het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 zou kunnen plaatsvinden.

### 8.3 Geen aansluiting zoeken bij het functioneel verband van art. 6:171

In de literatuur wordt als gezegd wel bepleit om bij het functioneel verband van art. 6:181 aansluiting te zoeken bij dat van art. 6:171.<sup>14</sup> Het werkelijk volgen van dit spoor zou leiden tot een maar beperkte risicosfeer van de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker. Immers, het functioneel verband van art. 6:171 wordt, leunend op de 'eenheidsgedachte, eng geïnterpreteerd. Aansprakelijkheid op grond van art. 6:171 is alleen aan de orde wanneer de werkzaamheden van de schadeveroorzakende hulppersoon en het bedrijf van diens opdrachtgever als 'een zekere eenheid' zijn te beschouwen. Ter toepassing van deze eenheidsgedachte is terughoudendheid het uitgangspunt.<sup>15</sup> In het in de inleiding van dit hoofdstuk gegeven voorbeeld van de manege die ter aankleding van de open dag een (gebrekkige) luchtkussen huurt zou, geïnspireerd op art. 6:171, bij gebreke van (uiterlijke) eenheid tussen 'luchtkussenvermaak' en de (eigenlijke) bedrijfsvoering van de manege, verdedigbaar zijn dat het luchtkussen niet kwalificeert als een roerende zaak die de manege ex art. 6:181 'in de uitoefening van' haar bedrijf gebruikt. De manege zou, de restrictieve lijn van art. 6:171 volgend, ingevolge art. 6:181 in beginsel enkel aansprakelijk zijn voor schade door een gebruik van zaken die 'bedrijfseigen' zijn c.q. die nauw samenhangen met (de aard van) de activiteiten van het manegebedrijf.

Een voorbeeld waarin bij de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181 aansluiting werd gezocht bij art. 6:171 biedt Hof Amsterdam 25 oktober 2007, *JA* 2008/2 (*Westfriese Flora*). Aanleiding tot de zaak is de besmetting met

13 Ik doel op de in het kader van het functioneel verband van art. 6:170 inmiddels ontwikkelde – en ook op het terrein van art. 6:181 bruikbare – 'deelfactoren', aan de hand waarvan getoetst kan worden of in het voorkomende geval al dan niet sprake is van de vereiste functionele samenhang.

14 Klaassen 1991, p. 89-90; Lubach 2005, p. 370-371; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/230.

15 HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 (*Delfland/Stoeterij*); HR 18 juni 2010, *NJ* 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*). Zie par. 5.3.2.

de legionellabacterie van een aantal bezoekers van de West-Friese Flora in februari 1999. De consumentbond stelde onder meer de Flora aansprakelijk ex art. 6:171 en 181. Het hof overwoog allereerst omtrent de op art. 6:171 gegronde vordering:

‘Terecht merkt Consumentenbond op dat artikel 6:171 BW betrekking heeft op in opdracht van een ander verrichte werkzaamheden in de uitoefening van diens bedrijf. Dat daarvan in het onderhavige geval sprake zou zijn vloeit echter uit het over en weer gestelde niet voort. Immers, de standhouders huurden ruimte van Flora om hun producten te exposeren. De whirlpools werden derhalve niet in opdracht van Flora tentoongesteld, terwijl, zoals hiervoor reeds is overwogen, *het tentoonstellen van waren niet behoorde tot de bedrijfsactiviteiten van Flora*. Voorts heeft Flora – onvoldoende weersproken – aangevoerd dat voor het publiek de bedrijfsactiviteiten van de standhouders *duidelijk herkenbaar en te onderscheiden waren van die van Flora*. Er was dan ook, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, geen sprake van de in het kader van artikel 6:171 BW vereiste *eenheid van onderneming*.’ (curs AK)

Deze afwijzing achtte het hof vervolgens niet zonder belang voor de op grondslag van art. 6:181 ingestelde vordering:

‘Reeds omdat de door de standhouders verrichte werkzaamheden, namelijk het tentoonstellen van whirlpools, niet zijn aan te merken als werkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Flora, kan het beroep op het bepaalde in artikel 6:181 BW van Consumentenbond, die stelt dat Flora aansprakelijk is omdat zij bedrijfsmatig gebruik heeft gemaakt van zaken – de whirlpool en het daar in aanwezige water – die een bijzonder gevaar voor personen of zaken opleveren, niet slagen.’

Omdat de door de standhouders verrichte werkzaamheden (tentoonstellen whirlpools) niet zijn aan te merken als werkzaamheden ‘ter uitoefening van’ het bedrijf van de Flora (beschikbaar stellen expositieruimte) in de zin van *art. 6:171*, kon volgens het hof ook geen sprake zijn van gebruik van de whirlpools en het daarin aanwezige water ‘in de uitoefening van’ het bedrijf van de Flora in de zin van *art. 6:181*.<sup>16</sup> Omdat art. 6:181 in mijn ogen geen inhoudelijke samenhang vertoont met art. 6:171 maar met art. 6:170, had het hof, ná de kwestie te hebben beoordeeld aan de hand van art. 6:171, een ‘eigenstandige’ toetsing aan art. 6:181 niet achterwege mogen laten. Daarbij had (uiterlijke) ‘eenheid’ uit de specifieke context van art. 6:171 dan niet leidend mogen zijn, maar – geïnspireerd op art. 6:170 – het aspect van zeggenschap.<sup>17</sup> Deze andere route zou mijns inziens overigens hoogstwaarschijnlijk wel tot dezelfde uitkomst hebben geleid: bij gebreke van (beslissende) zeggenschap over de whirlpools en het daarin aanwezige water gebruikte de Flora deze zaken niet ‘in de uitoefening van’ haar bedrijf.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Zie voor problematiek met betrekking tot schade door besmet water ook Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2353 (*Zwembadwater*).

<sup>17</sup> Vgl. ook par. 5.3.3 over het verschil in beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 en 171.

<sup>18</sup> Ook zou gezegd kunnen worden dat de Flora, bij gebreke van (beslissende) zeggenschap, geen bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de whirlpools en het daarin aanwezige water in de zin van art. 6:181 is. In dit perspectief past ook het door mij aan HR 8 februari 2008, *NJ 2008/93 (Lagraauw/Van Schie)* ontleende voorbeeld van de werknemer die wordt getroffen door een dichtslaanende laaddeur van de gebrekkige vrachtwagen van een door zijn werkgever ingeschakelde transportonderneming. Het tuinbouwbedrijf is niet ex art. 6:181 aansprakelijk, nu zij de vrachtwagen bij gebreke van zeggenschap niet ‘in de uitoefening van’ haar bedrijf gebruikte, dan wel omdat zij niet als ‘gebruiker’ van deze zaak ex art. 6:181 kwalificeert.

Dat in een voorkomend geval de vereiste 'eenheid' van art. 6:171 ontbreekt, doet dus niet automatisch ook het doek vallen voor het functioneel verband van art. 6:181. En andersom geldt ook dat wanneer in een voorkomend geval de door art. 6:171 geëiste 'eenheid' wél aan de orde is, dit niet automatisch meebrengt dat het functioneel verband van art. 6:181 gegeven is.<sup>19</sup>

Een voorbeeld van dit eerste biedt de in de inleiding van dit hoofdstuk genoemde manege die in het kader van een eenmalige open dag een – naar later blijkt gebrekkig – luchtkussen huurt. Gelet op de elementen van kansvergroting en zeggenschap gebruikt de manege het luchtkussen 'in de uitoefening van' het manegebedrijf ex art. 6:181: door feitelijk met de zaak te handelen wordt de kans op schade door een (verborgen) gebrek vergroot. De manege wordt op het moment van het gebruik geacht de (beslissende) invloed te hebben op de aan de zaak verbonden risico's.<sup>20</sup> Dat het in de geest van art. 6:171 gaat om (uiterlijk) kenbaar en naar hun aard niet bepaald samenhangende bedrijfsactiviteiten – het geven van paardrijlessen vs. het aanbieden van luchtkussenvermaak – doet hieraan niets af. Kortom, ook 'bedrijfsvreemde' zaken die ten behoeve van de in art. 6:181 bedoelde activiteiten worden ingezet, vallen in beginsel in de risicosfeer van de bedrijfsmatige gebruiker.

Een voorbeeld waarin wel sprake is van de door art. 6:171 geëiste 'eenheid' maar het functioneel verband van art. 6:181 mijns inziens niet aangenomen kan worden, biedt HR 18 juni 2010, *NJ* 2010/389 (*Koeman/Sijm Agro*). Hierin werden de werkzaamheden van de 'foutief' handelende bespuiters van gewassen geacht plaats te vinden 'ter uitoefening van' het bedrijf van diens op voet van art. 6:171 aangesproken opdrachtgever, het kwekersbedrijf. Laatstgenoemde is in beginsel echter niet aansprakelijk voor eventueel gebrekkige zaken van de bespuiters die deze inzet bij de uitvoering van de opdracht, omdat bedoelde zaken bij gebreke van (voldoende) zeggenschap niet 'in de uitoefening van' het kwekersbedrijf worden gebruikt.<sup>21</sup> De verschillen in uitkomst tussen art. 6:171 en 181 zijn verklaarbaar, omdat de beoordeling die steeds moet worden gemaakt een geheel andere is: art. 6:171 is gebaseerd op 'eenheid', terwijl art. 6:181 berust op 'zeggenschap'.

#### 8.4 Het functioneel verband van art. 6:170 als inspiratiebron

Wanneer voor de uitleg van het functioneel verband van art. 6:181 te rade wordt gegaan bij 'inspiratiebron' art. 6:170, blijken de elementen kansvergroting en zeggenschap bij de beoordeling leidend te zijn.<sup>22</sup> De zeggenschapseis ter beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 is in de literatuur zoals reeds gezegd kritisch ontvangen.<sup>23</sup> Zo zou deze eis ten onrechte associaties oproepen met het 'schuldbeginsel', terwijl het aspect van zeggenschap binnen art. 6:170 al

19 Zie ook par. 7.7.4 over de vraag naar de aansprakelijkheid van de opdrachtgever ex art. 6:181 voor zaken van een ingeschakelde zelfstandige hulppersoon.

20 Ook is de aanvliegroute mogelijk waarbij het manegebedrijf ex art. 6:181 als bedrijfsmatige 'gebruiker' van het luchtkussen wordt aangemerkt.

21 Ook zou gezegd kunnen worden dat de kweker ex art. 6:181 niet als 'gebruiker' van de bedoelde zaken heeft te gelden.

22 HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/467, m.nt. Spier (*JMV/Zurich*). Zie ook par. 5.3.1.

23 Par. 5.3.1.

wordt gehanteerd ter concretisering van de ondergeschiktheidsverhouding en derhalve overbodig voorkomt.<sup>24</sup> Ik meen ten eerste dat de rol van zeggenschap hier niet botst met het fenomeen kwalitatieve aansprakelijkheid, aangezien dit element niet ziet op het karakteriseren van *het gedrag* van de aansprakelijke persoon maar op het beantwoorden van de vraag *op wie* de aansprakelijkheid behoort rusten. Voorts ben ik van opvatting dat zeggenschap een rol kan spelen bij zowel het karakteriseren van de relatie tussen opdrachtgever en arbeidskracht als het functioneel verband tussen fout en werk. Dit ondersteunt mijn stelling dat (ook) het functioneel verband-vereiste van art. 6:170 strikt genomen gemist kan worden, omdat hetzelfde resultaat al valt te bereiken via de begrippen ‘ondergeschikte’ en ‘meester’. De voornoemde drie vereisten van art. 6:170 kunnen derhalve overlap vertonen waarbij niet iedere voorwaarde dezelfde mate van zelfstandige betekenis heeft, althans waarbij de(zelfde) beoordeling van aansprakelijkheid soms net zo goed over de ene als de andere boeg kan plaatsvinden.

Uit de voor de beoordeling van het functioneel verband van art. 6:170 relevante elementen kansvergroting en zeggenschap vloeien in ieder geval voort de ‘traditionele’ gezichtspunten als de aard, plaats en het tijdstip van de fout, alsmede het middel waarmee deze werd begaan.<sup>25</sup> Hiernaast wordt ook relevant geacht of de dienstbetrekking *de gelegenheid* voor het maken van de fout heeft geschapen, alsook – hoewel geen voorwaarde – of de werkgever *een verwijt* valt te maken van de fout van de ondergeschikte. Voorts is van belang of de werknemers en werkgever ten tijde en ter plaatse van de fout als *een zekere eenheid* naar buiten traden (behorend tot één bedrijf).<sup>26</sup> Ook is relevant of de activiteit waarbij de fout werd gemaakt kan worden geacht mede in het belang te zijn van *de saamhorigheid* in het bedrijf en *de motivatie* van de daar werkzame personen.<sup>27</sup> Uitgangspunt bij dit alles is dat het functioneel verband van art. 6:170 snel wordt aangenomen en de risicosfeer van de opdrachtgever derhalve *ruim* is.<sup>28</sup>

Gelet op het vorenstaande is al snel sprake van voldoende verband met de werkzaamheden in de zin van art. 6:170, wanneer de fout van de ondergeschikte plaatsvond tijdens werktijd of op de plaats waar deze zijn werkzaamheden behoorde te verrichten. Hetzelfde geldt voor situaties waarin de fout door de ondergeschikte is gemaakt met middelen toebehorend aan of ter beschikking gesteld door diens opdrachtgever.<sup>29</sup> Minder sprekend zijn de gevallen waarin geen sprake is van een *direct* verband met het opgedragen werk. Zo zullen gedragingen buiten

24 Hoekzema 2000, p. 65-68; Lubach 2005, p. 314-315; Oldenhuis 2014, p. 68-69.

25 Schut 1963, p. 287 e.v.; Hoekzema 2000, p. 67. Zie ook reeds par. 5.3.1.

26 Dit betreft de vraag of de werknemers en werkgever tot één bedrijf behoren, hetgeen een andere ‘eenheid’ is dan die van art. 6:171, waarbij het immers de vraag is of het bedrijf van de opdrachtnemer en die van de opdrachtgever als een ‘eenheid’ zijn te beschouwen. Voorts is ‘eenheid’ op het terrein van art. 6:170 ‘slechts’ een gezichtspunt, maar binnen art. 6:171 de ‘harde’ toepassingsvoorwaarde.

27 Zie voor een en ander het richtinggevende arrest HR 9 november 2007, JA 2008/25 (*Groot Kievitsdal*).

28 Zie ook HR 30 oktober 2009, NJ 2010/52, m.nt. Mok (*Blomaard/Gemeente Utrecht*), alsmede Hoekzema 2000, p. 63-67.

29 Hoekzema 2000, p. 67; Oldenhuis 2014, p. 70.

diensttijd, bij gebreke van zeggenschap over de gedragingen van de ondergeschikte, in beginsel niet tot aansprakelijkheid van de opdrachtgever leiden.<sup>30</sup> Dit geldt in beginsel ook voor gedragingen buiten de plaats waar de ondergeschikte zijn werkzaamheden behoorde te verrichten. 'In beginsel', want de omstandigheden van het geval kunnen ertoe leiden dat in de twee voornoemde situaties aansprakelijkheid ex art. 6:170 toch intreedt.<sup>31</sup> De toelichting geeft het voorbeeld van fouten weliswaar buiten diensttijd en/of de werkplek begaan, maar die door de ondergeschikte zijn gemaakt bij gebruik van zaken die hem door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld of dankzij gegevens/bescheiden die de ondergeschikte zich door zijn dienstbetrekking kon verschaffen.<sup>32</sup> Dat ook fouten gemaakt buiten de eigenlijke taakvervulling tot aansprakelijkheid ex art. 6:170 kunnen leiden, is inmiddels vaste rechtspraak.<sup>33</sup> Ook fouten begaan tijdens schaft- en/of rusttijd kunnen binnen het bereik van art. 6:170 vallen.<sup>34</sup> Binnen het bereik van art. 6:170 kunnen evenzeer handelingen vallen die niet op instructie of aanwijzing van de opdrachtgever plaatsvinden, of die zelfs in strijd daarmee worden verricht.<sup>35</sup> De opdrachtgever kan zodoende ook aansprakelijk zijn voor gedragingen die hij uitdrukkelijk verboden heeft.<sup>36</sup> Zelfs het door de ondergeschikte opzettelijk toebrengen van schade<sup>37</sup> dan wel het plegen van (andere) misdrijven<sup>38</sup> behoeft het aannemen van het functioneel verband ex art. 6:170 niet in de weg te staan. En ook als de fout bestaat uit misbruik van de functie of als de schade 'bij gelegenheid van' de functie of de werkzaamheden is veroorzaakt, kan aansprakelijkheid ex art. 6:170 intreden.<sup>39</sup> Kortom, het functioneel verband van art. 6:170 wordt als gezegd (zeer) ruim uitgelegd. Het functioneel verband van art. 6:170 betreft bovendien een feitelijk criterium, dat steeds van geval tot geval beoordeeld zal

30 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/188.

31 Spier e.a. 2015, p. 97; HR 1 februari 1957, *NJ* 1957/175 (*Verkeersongeval*); HR 9 november 2007, *JA* 2008/25 (*Groot Kievitsdal*).

32 Parl. gesch. Boek 6, p. 719. Zie ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 136: 'Ook bij handelingen die in de sfeer van de werknemer zelf blijven liggen zijn vaak hulpmiddelen of voorbereidingen (zoals trainingen) betrokken die wél onder de zeggenschap van de werkgever vallen.'

33 HR 4 november 1938, *NJ* 1939/536 (*Mishandeling door agenten*).

34 Rb. Utrecht 7 december 2005, *JA* 2006/31 (*Stoeien tijdens pauze*).

35 HR 12 april 2002, *NJ* 2003/138, m.nt. Heerma van Voss (*Heijboer/De Branding*).

36 Hoekzema 2000, p. 66. Een verbod van de werkgever zou zelfs gewicht in de schaal kunnen leggen om juist wél een verband met het werk aan te nemen.

37 Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJKort* 1999/26 (*Karatetrap collega*); Rb. Arnhem 6 april 2005, *NJF* 2005/389 (*Vechtpartij discotheek*); Rb. Groningen 29 oktober 2003, *VR* 2004/165 (*Mishandelende taxi-chauffeur*). Zie voor een wat terughoudender benadering Hof Amsterdam 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3301 (*Mishandeling door leidinggevende*), maar in vergelijkbare gevallen weer soepeler Rb. Noord-Holland 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10003 (*Mishandeling door caissière*); Rb. Den Haag 22 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7281 (*Mishandeling op het werk*); Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6980 (*Mishandeling op uitzendbureau*) en Rb. Rotterdam 8 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1063 (*Mishandeling door conducteur*).

38 Rb. Utrecht 25 september 2002, *NJ* 2002/592 (*Frauderende tussenpersoon*); Hof Den Bosch 30 november 2004, *NJF* 2005/128 (*Skimmende ober*); Hof Den Bosch 18 oktober 2005, *JA* 2006/15 (*Verduisterende buitendienstmedewerker*); Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8971 (*Misbruik door pastoor*).

39 Hoekzema 2000, p. 81. Denk aan de nachtwaker die toezicht op geparkeerde auto's moet houden, maar met behulp van een sleutel waarover hij uit hoofde van zijn functie beschikt een ritje met een auto – met schadelijke gevolgen – maakt.

moeten worden.<sup>40</sup> In het algemeen zal evenwel niet snel sprake zijn van het ontbreken van het door art. 6:170 geëiste functionele verband tussen de fout van de ondergeschikte en de aan hem opgedragen werkzaamheden.<sup>41</sup>

#### 8.4.1 Aan art. 6:170 te ontlene gezichtspunten

Geïnspireerd op het functioneel verband van art. 6:170 (tussen de ‘fout’ en de opgedragen werkzaamheden) zal ook het functioneel verband van art. 6:181 (tussen het gebruik van de zaak en de bedrijfsactiviteiten) in uitgangspunt een *ruime* uitleg toekomen.<sup>42</sup> Voorts kunnen de op het terrein van art. 6:170 ontwikkelde, ter beoordeling van het functioneel verband relevante gezichtspunten óók dienstig zijn ter beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181.<sup>43</sup> Zo zal, geïnspireerd op art. 6:170 en voorzover passend bij art. 6:181,<sup>44</sup> ter beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181 in ieder geval betekenis kunnen toekomen aan de volgende gezichtspunten:

- *de aard* van het gebruik waarbij de zaak de schade veroorzaakte;
- *de plaats* waar van de schadeveroorzakende zaak gebruik werd gemaakt;
- *het tijdstip* waarop gebruik werd gemaakt van de schadeveroorzakende zaak;
- de betrokkenheid van *hulpmiddelen* van de ex art. 6:181 aangesprokene bij de schadeveroorzaking;
- of de bedrijfsactiviteiten van de ex art. 6:181 aangesprokene *de gelegenheid* hebben geschapen tot het schadeveroorzakende gebruik;
- of de ex art. 6:181 aangesprokene *een verwijt* treft in relatie tot het schadeveroorzakende gebruik;
- of de bij het schadeveroorzakende gebruik betrokkenen ten tijde en ter plaatse van dit gebruik als *een zekere eenheid* naar buiten traden (behorend tot het bedrijf van de ex art. 6:181 aangesprokene);
- of de ex art. 6:181 aangesprokene *profijt* had van de activiteiten waarbij het schadeveroorzakende gebruik plaatsvond;
- of de ex art. 6:181 aangesprokene *zeggenschap* had over de activiteiten/gedragingen waarbij het schadeveroorzakende gebruik plaatsvond.

Niettemin zal het antwoord op de vraag, of voldoende verband bestaat tussen een schadeveroorzakend gebruik van een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak en de bedrijfsactiviteiten van de op voet van art. 6:181 aangesprokene, telkens afhangen van een waardering van alle feiten en omstandigheden waaronder dat schadeveroorzakend gebruik plaatsvond. Ook de zojuist opgesomde gezichtspunten zullen steeds in het concrete geval gewogen moeten worden. De verheldering in afbakeningsgevallen in geval van toetsing aan het functioneel verband vereiste van art. 6:181, en *niet* aan het gebruiksbegrip van deze bepaling, zal in mijn ogen vooral zitten in de voornoemde aan art. 6:170 te ontlene gezichtspunten

40 HR 9 november 2007, JA 2008/25 (*Groot Kievitsdal*).

41 Vgl. ook Lubach 2005, p. 317: ‘Het ontbreken van functioneel verband leidt zelden tot afwijzing van aansprakelijkheid op grond van art. 6:170.’ (curs. Lubach)

42 Zie over het functioneel verband van art. 6:170 ook reeds par. 5.3.1.

43 De rook van *Groots Kievitsdal* gloort ook aan de horizon van art. 6:181, aldus reeds Oldenhuis en Kolder 2012, p. 34.

44 Vgl. par. 5.4.4, waaruit blijkt dat art. 6:181 niet op alle fronten naar het voorbeeld van art. 6:170 valt te plooiën.

of 'deelfactoren' die voortvloeien uit c.q. een uitwerking betreffen van de meer algemene elementen kansvergroting en zeggenschap als zodanig. Aan de hand daarvan is in een voorkomend geval immers (nader) te concretiseren waarom ex art. 6:181 wel of geen (voldoende) functionele samenhang aanwezig wordt geacht. Hierbij valt echter wel direct aan te tekenen dat de aanvliegroute – hetzij via het functioneel verband hetzij via het gebruiksbegrip van art. 6:181 – vooral een kwestie van techniek lijkt, aangezien vooral het algemene element 'zeggenschap' van het gebruiksbegrip van art. 6:181 in afbakingsgevallen ook (nader) gekarakteriseerd wordt door middel van 'deelfactoren' c.q. (nadere) gezichtspunten, namelijk onder meer in *tijd*, in *ruimte* en in *zelfstandigheid*, alsmede aan de hand van *deskundigheid en vaardigheden*.<sup>45</sup> Hierin zijn deels de(zelfde) 'deelfactoren' te herkennen zoals relevant met betrekking tot het functioneel verband van art. 6:181 (en 170).

In het algemeen zal voor het functioneel verband van art. 6:181 in ieder geval, net zoals voor het gebruiksbegrip van art. 6:181, een ruime uitleg gelden. Het functioneel verband van art. 6:181 zal veelal spoedig aangenomen kunnen worden, misschien zelfs nog wel sneller dan de functionele samenhang op het terrein van art. 6:170. Vanwege de aard van de aansprakelijkheid van art. 6:181 – een aansprakelijkheid voor hulpzaken – is namelijk telkens al aan één relevant gezichtspunt voldaan, te weten de betrokkenheid van hulpmiddelen van de op voet van art. 6:181 aangesprokene.<sup>46</sup> Deze betrokkenheid is niet enkel een onmisbare schakel om art. 6:181 überhaupt als grondslag voor de benadeelde in beeld te brengen, maar legt dus ook direct gewicht in de schaal bij de vraag naar het functioneel verband van deze bepaling. De situatie dat een schadeveroorzakend gebruik van een hulpmiddel van de ex art. 6:181 *in geen enkel verband* staat met diens bedrijfsvoering, laat zich dus maar moeilijk indenken.<sup>47</sup> In ieder geval zal de voornamelijk categorie gevallen die in beginsel *buiten* art. 6:170 valt, bestaande uit fouten in de privésfeer die ook niet worden gemaakt met gebruikmaking van zaken of middelen die aan de werknemer uit hoofde van de vervulling van zijn taak door de werkgever ter beschikking zijn gesteld, zich op het terrein van art. 6:181 niet snel voordoen. Gelet op de ruime uitleg van het functionele verband van art. 6:181, zal daaronder ook kunnen vallen een schadeveroorzakend gebruik van zaken tijdens schaft- of rusttijd, evenzo het gebruik van zaken dat niet op instructie of aanwijzing van de bedrijfsuitoefenaar plaatsvindt of zelfs in strijd daarmee. Ook een verkeerde bediening van een machine dan wel de bediening van een andere machine dan door de opdrachtgever aangewezen, zal niet aan een functioneel verband met de bedrijfsuitoefening in de weg staan.<sup>48</sup> Hetzelfde geldt voor een

45 Zie par. 7.8.

46 In bepaalde gevallen kan dit anders zijn. Denk bijvoorbeeld aan een aansprakelijkheid ex art. 6:181 van de opdrachtgever voor *zaken van een art. 6:171-opdrachtnemer*. Zie daarover ook par. 7.7.4.

47 Vgl. ook Oldenhuis 2014, p. 70 over het functioneel verband van art. 6:170: 'maakte de ondergeschikte ten tijde dat het delict door hem werd begaan, gebruik van materiaal (bijvoorbeeld gereedschap) of materieel van de meester (bijvoorbeeld de auto) dan zal men al snel geneigd zijn het functioneel aanwezig te achten.'

48 Vgl. in deze zin ook HR 15 december 2000, *NJ* 2001/198 (*Van Uiter/Lasschuijt*) en HR 9 februari 2007, *NJ* 2007/105 (*Feenstra/Haije*), over de functionele samenhang met het werk (schade 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden') in de zin van art. 7:658. Een tijdens diensttijd op de werkplek eigenmachtig of in strijd met instructies van zijn werkgever handelende werknemer, plaatst zichzelf niet buiten de werksfeer van art. 7:658, zo maakt de Hoge Raad duidelijk.

schadeveroorzakend gebruik in verband met misbruik van de functie (oneigenlijk gebruik) of ‘bij gelegenheid’ van de gewoonlijk uit te oefenen bedrijfsactiviteiten. Een schadeveroorzakend gebruik van een zaak in de privésfeer of anderszins *buiten* de eigenlijke taakvervulling behoeft derhalve evenmin het functionele verband van art. 6:181 in de weg te staan. Dat het functioneel verband van art. 6:181 in veel gevallen snel kan worden aangenomen en in de praktijk weinig voer voor discussie is, lijkt bevestiging te vinden in het feit dat – voor zover ik kon nagaan – de tot nu toe over art. 6:181 verschenen rechtspraak nauwelijks voorbeelden biedt waarin het functioneel verband *als zelfstandig vereiste* aan de orde is gesteld.<sup>49</sup>

Omtrent de relevantie van het gezichtspunt van ‘een verwijt’ zijdens de ex art. 6:181 aangesprokene wens ik hier overigens nog aan te geven, dat daarmee niet bedoeld wordt op een tekort aan zorg voor de zaak (voor art. 6:173 en 174: inspectie en onderhoud, voor art. 6:179: toezicht en waakzaamheid). Op het terrein van art. 6:179, dat de aansprakelijkheid koppelt aan schade door de ‘eigen energie’ van het dier, is de mate van uitgeoefende zorg met betrekking tot het dier niet van belang. Op het gebied van art. 6:173 en 174 ligt dit, gelet op de *Wilnis*-doctrine betreffende de invulling van het gebreksvereiste,<sup>50</sup> anders. Het is daarom wellicht goed op te merken dat een tekortschieten van de bedrijfsuitoefenaar met betrekking tot *de staat waarin de zaak verkeert* (inspectie, onderhoud, etcetera) het benodigde verwijt kan opleveren om de gebrekkigheid ex art. 6:173 en 174 aan te nemen. Het ‘verwijt’ dat een relevant gezichtspunt vormt bij de beoordeling van het *functioneel verband* van art. 6:181 moet mijns inziens evenwel niet geplaatst worden in de sleutel van de staat waarin de betreffende zaak verkeert, maar bij (de wijze van) het gebruik dat van de schadeveroorzakende wordt gemaakt. Denk aan de bedrijfsuitoefenaar die een oneigenlijk gebruik van een zaak bevordert of daartoe aanspoort, zoals het (laten) ophitsen van een dier.<sup>51</sup> Als dit dier als gevolg daarvan uit ‘eigen energie’ schade veroorzaakt, zal de bedrijfsuitoefenaar – die daarvan een verwijt valt te maken – zich niet snel kunnen verweren met de stelling dat geen sprake was van gebruik van het dier ‘in de uitoefening van’ zijn bedrijf.<sup>52</sup>

#### 8.4.2 ‘Bijzondere’ gevallen binnen het bedrijf

Het functioneel verband van art. 6:181 zou als gezegd (par. 8.2, slot) verhelderend kunnen werken in situaties waarin geen *direct* verband bestaat tussen het schadeveroorzakende gebruik van de zaak en de bedrijfsactiviteiten van de ex art. 6:181 aangesprokene. Een eerste groep afbakeningsgevallen wordt mijns inziens

49 Een voorbeeld biedt, zij het in mijn ogen geïnspireerd op het verkeerde spoor van art. 6:171, Hof Amsterdam 25 oktober 2007, *JA* 2008/2 (*Westfriese Flora*). Voor het overige heb ik ter illustratie telkens voorbeelden moeten ontlenen aan andere aansprakelijkheden, zoals art. 6:170, 171 en – zoals ook nog zal blijken – art. 7:658 en 611. Wellicht speelt hierbij mee dat zoals verdedigd de gewenste afbakening al is te bereiken via het gebruiks- en soms ook het bedrijfsbegrip van art. 6:181.

50 HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. Hartlief (*Wilnis*), bevestigd in HR 30 november 2012, *NJ* 2012/689 (*Paalrot*).

51 In het arrest *Groot Kievitsdal* werd in het kader van het verwijt dat de werkgever viel te maken, gesproken van het ‘opjuinen’ van de schadeveroorzakende hulpperso(n)en(en).

52 Wellicht is diens aansprakelijkheid in een dergelijk geval ook mogelijk op grond van art. 6:162.



gevormd door 'gevaarlijke spelletjes' of ander 'oneigenlijk' gebruik binnen een bedrijf waarbij hulpzaken van de bedrijfsuitoefenaar zijn betrokken. Ter illustratie wijs ik op Hof Den Haag 17 juli 2008, *JA* 2008/125 (*Kraanspel*), een zaak die overigens in de sleutel van art. 7:658 staat. Een werknemer van een havenbedrijf diende met behulp van een hijskraan steiger materiaal vanuit een flatgebouw naar de begane grond te verplaatsen. De kraan stak tot buiten het gebouw. Nadat het laatste materiaal op de begane grond was gelost, werd de kraanhaak weer opgehaald. Daarop greep de werknemer deze vast, met de bedoeling zich een stukje omhoog te laten hijsen om daarna los te laten en weer veilig op de grond terecht te komen. Een windvlaag blies de aan de kraanhaak hangende werknemer echter boven het zojuist opgestapelde steiger materiaal, waardoor hij niet meer durfde los te laten. Uiteindelijk viel hij van grote hoogte naar beneden toen zijn armen zijn gewicht niet meer konden dragen. In de eerste plaats kwam het aan op de vraag of de schade van de werknemer wel 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' in de zin van art. 7:658 was geleden. De kantonrechter oordeelde dat niet aan dit functionele verband tussen werk en schade was voldaan: er was sprake van gevaarlijke spelletjes op het werk die niet onder het beschermingsbereik van art. 7:658 vielen. Het hof achtte het voor art. 7:658 vereiste functionele verband wel aanwezig, maar gaf de werknemer uiteindelijk eveneens nul op het rekest door 'bewuste roekeloosheid' in de zin van art. 7:658 lid 2 aan te nemen.

Stel nu dat niet de werknemer zelf maar een derde (bijvoorbeeld een leverancier die zich toevallig op het bedrijfsterrein bevond) schade zou hebben geleden door het kraanspel te wijten aan een gebrek in de mobiele hijskraan. Vond het schadeveroorzakende gebruik van de kraan plaats 'in de uitoefening van' het bedrijf van de werkgever ex art. 6:181 jo. 173? Hoewel de aard van het gebruik niet bij de bedrijfsvoering past, wijzen de locatie, het tijdstip en het feit dat de kraan een hulpmiddel van de werkgever is wel in diens richting. Voorts hebben de bedrijfsactiviteiten de gelegenheid voor het schadeveroorzakende gebruik geschapen, terwijl blijkens het geldende verbod om het kraanspel te spelen de bedrijfsuitoefenaar bovendien zeggenschap had over de gedragingen waarin het schadeveroorzakende gebruik was gelegen. Ook kunnen de bij het schadeveroorzakende gebruik betrokken personen en zaken ten tijde en ter plaatse van dit gebruik als *een zekere eenheid* worden beschouwd. Tot slot heeft de werkgever (normaliter) het profijt van de – gebrekkig gebleken – hijskraan. Ook in geval van gevaarlijke spelletjes of oneigenlijk gebruik binnen een bedrijf zal dus niet snel een te ver verwijderd verband met de desbetreffende bedrijfsuitoefening bestaan. Oftewel, ook in bedoelde gevallen kwalificeert de bedrijfsuitoefenaar ex art. 6:181 in beginsel als 'gebruiker' van de zaak.

Wel kan hierbij aangetekend worden dat in geval van gevaarlijke spelletjes of ander 'oneigenlijk' gebruik van zaken binnen een bedrijf, bij de beoordeling van de aansprakelijkheid ex art. 6:181 de toepassing van het gebreksvereiste uit art. 6:173 en 174 alsmede de eis van 'eigen energie' uit art. 6:179 niet vergeten moeten worden. Stel dat een medewerker van een schildersbedrijf tijdens werktijd op een werklocatie een 'stunt' uithaalt met een gasbrander op een steiger. Wanneer het apparaat daarbij onbedoeld uit zijn handen glipt, een aantal meters lager hard op de grond terechtkomt en daardoor ontploft, lijdt een toevallige voorbijganger

schade. Los van de vraag of hier sprake is van een gebruik van de gasbrander 'in de uitoefening van' het schildersbedrijf, zou het gebreksvereiste van art. 6:173 al in de weg kunnen staan aan een vordering ex art. 6:181 jo. 173 tegen de werkgever. Men kan zich immers afvragen of een gasbrander bestand dient te zijn tegen gebruik dat (ver) buiten de lijn der normale verwachting ligt.<sup>53</sup> Gaat het om 'gevaarlijke spelletjes' met dieren, dan valt niet uit te sluiten dat in bepaalde gevallen kan worden gezegd dat de schade niet is voortgevloeid uit de 'eigen energie' van dit dier maar veeleer is te wijten aan een handelen als 'instrument' van de begeleider.<sup>54</sup> Alsdan treedt de aansprakelijkheid ex art. 6:179 niet in,<sup>55</sup> en die van de in art. 6:181 bedoelde bedrijfsmatige gebruiker dus evenmin.

#### 8.4.3 *Op de grens van de bedrijfs- en privésfeer*

Een tweede groep afbakeningsgevallen waarbij een beoordeling langs de band van het functioneel verband van art. 6:181 verduidelijkend zou kunnen werken, bestaat naar mijn idee uit schadegevallen met zaken op de grens van de bedrijfs- en privésfeer. Hierbij kan ten eerste worden gedacht aan het gebruik dat in de privésfeer wordt gemaakt van zaken die uit hoofde van zijn functie aan een arbeidskracht door het bedrijf ter beschikking zijn gesteld. Veroorzaakt een dergelijke zaak buiten diensttijd en/of buiten de werkplek schade, dan kan de vraag rijzen of het gebruik van de zaak nog wel in voldoende verband stond met de bedrijfsactiviteiten voor een aansprakelijkheid ex art. 6:181 van de betreffende bedrijfsuitoefenaar. De wetsgeschiedenis van art. 6:170 vermeldt over 'fouten' van ondergeschikten in de privésfeer dat deze, bij gebreke van zeggenschap over dergelijke gedragingen, in beginsel niet tot aansprakelijkheid van de opdrachtgever leiden. Gaat het evenwel om foutieve gedragingen die een ondergeschikte buiten diensttijd verricht 'bij het gebruik van zaken die hem door de onderneming ter beschikking zijn gesteld' of dank zij gegevens en bescheiden die hij zich door de dienstbetrekking kon verschaffen', dan kan het functioneel verband van art. 6:170 juist wél zijn gegeven.<sup>56</sup> Bezien we in dit licht het in de privésfeer gebruik maken van hulpzaken van de ex art. 6:181 aangesprokene, dan behoeft in een dergelijk geval de functionele samenhang tussen het gebruik van de zaak en de bedrijfsactiviteiten dus bepaald niet te ontbreken. Wellicht kan hier, gelet op het aspect 'zeggenschap', nog betekenis toekomen aan het feit of de ex art. 6:181 aangesprokene met bedoeld gebruik – al dan niet stilzwijgend – heeft ingestemd dan wel dat dit geheel buiten zijn medeweten en/of goedkeuring plaatsvond.

Het spiegelbeeld van het gebruik van bedrijfsmiddelen in de privésfeer wordt gevormd door het gebruik van zaken binnen een bedrijf die zich normaal gesproken in de privésfeer bevinden. Zaken die zijn privébezit zijn maar door een ondernemer toch incidenteel worden aangewend ten behoeve van het bedrijf,

53 Wel is een vordering tegen de werkgever van de 'stuntende' werknemer denkbaar ex art. 6:170.

54 Ook hier is ex art. 6:170 een vordering denkbaar tegen de werkgever van de 'foutief' handelende werknemer.

55 Parl. gesch. Boek 6, p. 763; HR 23 februari 1990, NJ 1990/365 (*Zengerle/Blezer*).

56 Parl. gesch. Boek 6, p. 719.

zullen eveneens door art. 6:181 worden bestreken.<sup>57</sup> Voor zaken uit de privésfeer van diens arbeidskrachten zal in beginsel hetzelfde hebben te gelden zolang het gebruik binnen het bedrijf daarvan met – al dan niet stilzwijgende – instemming van de ondernemer geschiedt. Wanneer een arbeidskracht heimelijk eigen zaken uit de privésfeer binnen het bedrijf gebruikt vanwege persoonlijke motieven, komt het functioneel verband van art. 6:181 onder druk te staan. Het is immers maar de vraag of dergelijke zaken geacht kunnen worden onderdeel van de bedrijfsvoering uit te zijn gaan maken en aldus onder de 'verantwoordelijkheid' van de bedrijfsuitoefenaar vallen.<sup>58</sup>

Een voorbeeld waarin het verband tussen het gebruik van de zaak en de bedrijfsvoering te ver verwijderd is om de aansprakelijkheid ex art. 6:181 te rechtvaardigen, biedt in mijn ogen de dief die zich 's nachts de toegang tot een afgesloten bedrijventerrein verschafft en een bedrijfsauto van een koeriersbedrijf weet te stelen. Kort na zijn vlucht in de gestolen auto vanaf het bedrijventerrein weigeren de remmen van de bestelbus plotseling dienst, met schade bij een derde tot gevolg. In een dergelijk geval zal geen sprake (meer) zijn van gebruik van de schadeveroorzakende zaak 'in de uitoefening van' het koeriersbedrijf ex art. 6:181 jo. 173.<sup>59</sup>

Voor schadegevallen op de grens van de bedrijfs- en privésfeer kan in relatie tot art. 6:181 ten tweede worden gedacht aan personeelsfeestjes en bedrijfsuitjes. Dit betreffen activiteiten die buiten de 'eigenlijke' bedrijfsactiviteiten liggen, maar daar toch niet (volledig) los van gezien kunnen worden. Het is niet uitgesloten dat schade door het gebruik van zaken van de bedrijfsuitoefenaar bij dergelijke gelegenheden door art. 6:181 worden bestreken. Zo ging het in HR 9 november 2007, *JA 2008/25 (Groot Kievitsdal)* over een werknemer van een hoveniersbedrijf die tijdens een personeelsuitje op zaterdagavond lampolie op de in het partycentrum aanwezige barbecue gooide. Als gevolg hiervan brandde het rietgekapte restaurant tot de grond toe af. Ondanks dat de aard, plaats en het tijdstip van de fout niet in de richting van de werkgever wezen en de fout evenmin was gemaakt met behulp van diens hulpmiddelen, werd een functioneel verband tussen de fout en het werk aangenomen. Hierbij woog mee dat de werkgever een verwijt trof van de door de werknemer gemaakte fout, dat de werkgever en werknemers naar buiten

57 Vgl. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:181, aant. 11. De vraag of de door de zaak veroorzaakte schade in dit geval al dan niet onder art. 6:181 valt, is in die zin niet van praktische betekenis dat de ondernemer binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 6:173, 174 en 179 *hoe dan ook* met de kwalitatieve aansprakelijkheid daarvoor zal zijn belast: het bezit en bedrijfsmatige gebruik van de zaak bevinden zich immers in dezelfde hand. Zie ook par. 4.6.3. Of in een grensgeval aansprakelijkheid bestaat in hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker of (privé)bezitter heeft wel praktische betekenis gelet op de vraag of dekking kan worden gevonden onder een eventueel door de aansprakelijke persoon afgesloten AVB- (bedrijfsmatig gebruik) of AVP-verzekering (privébezit).

58 Denkbaar is ook dat het bedrijf niet 'als' gebruiker kwalificeert, dan wel niet 'als' bedrijf bij de schadeveroorzaking betrokken wordt geacht. Zie Rb. Rotterdam 18 april 2014, zaaknr. 1338058 CV, (niet gepubl) (*Opladen accu*), waarin een werknemer van een garagebedrijf zonder medeweten van zijn werkgever een naar het werk meegebrachte accu wilde opladen bestemd voor de elektrische rolstoel van een familielid. Bij deze poging ontplofte de (gebrekkige) accu met letsel bij de werknemer tot gevolg. De werkgever werd vergeefs ex art. 7:658 aangesproken, omdat de schade – ondanks dat deze op de werkplek, tijdens werktijd en met betrokkenheid van hulpmiddelen van de werkgever was ontstaan – niet werd geacht te zijn geleden 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'.

59 Overigens zou ook gezegd kunnen worden dat het koeriersbedrijf op het moment van de schadeveroorzaking niet (meer) 'als' gebruiker van de zaak ex art. 6:181 jo. 173 kwalificeerde, dan wel daar niet (meer) 'als' bedrijf bij betrokken was.

toe als een zekere eenheid optraden, alsmede dat de georganiseerde activiteit ertoe sterkte de motivatie van de werknemers en saamhorigheid binnen het bedrijf te bevorderen. Stel nu dat niet door een ‘fout’ van een werknemer maar door een zaak of dier afkomstig van de werkgever de brand zou zijn ontstaan: een werkgever organiseert voor de werknemers van zijn dierenkliniek een bedrijfsuitje. Naar het restaurant wordt een hond meegebracht die op dat moment in de kliniek verblijft. Het dier weet zich in de loop van de avond aan de macht van zijn begeleider te onttrekken en loopt een olielamp gevuld met lampolie omver, die op de aanwezige barbecue belandt. Nu, voor zover passend bij deze bepaling, ter beoordeling van het functioneel verband van art. 6:181 dezelfde gezichtspunten als in het arrest *Groot Kievitsdal* een rol kunnen spelen, zou ook de schade tijdens dit personeelsuitje binnen de risicosfeer van de werkgever gebracht kunnen worden (art. 6:181 jo. 179). Weliswaar is van een (sprekend) ‘verwijt’ van de werkgever geen sprake, maar daar staat tegenover dat – in tegenstelling tot in een arrest als *Groot Kievitsdal* – in gevallen van schade door zaken van de bedrijfsuitoefenaar tijdens personeelsuitjes wél ook zal zijn voldaan aan het gezichtspunt ‘betrokkenheid van hulpmiddelen van de werkgever’.

De mogelijke toepasselijkheid van art. 6:181 op schadeveroorzaking door zaken tijdens bedrijfsuitjes valt ook te illustreren aan de hand van HR 17 april 2009, *RvdW 2009/552 (Rollerskate)*. Hierin nam een werkneemster van een communicatiebureau op vrijdagmiddag na werktijd deel aan een door haar werkgever georganiseerde ontspanningsactiviteit. Het betrof dansen op rolschaatsen in de kantoorhal van de werkgever. De werkgever had de organisatie hiervan uitbesteed aan een evenementenbureau. Kort voordat de eigenlijke workshop was begonnen, kwam de werkneemster op rollerskates ten val. Hoewel het ongeval niet plaatsvond in de uitoefening van de eigenlijke werkzaamheden van de werkneemster (zij had de functie van typiste) ex art. 7:658, werd geoordeeld dat niettemin een voldoende verband bestond tussen de activiteit waarbij het ongeval plaatsvond en haar arbeidsovereenkomst om een op art. 7:611 gegronde zorgplicht van de werkgever aan te nemen (die ook geschonden werd geacht). Wanneer het ongeval zou zijn gebeurd vanwege een (verborgen) gebrek in door haar werkgever ter beschikking gestelde rollerskates, lijkt een aanspraak van de werkneemster jegens haar werkgever eveneens mogelijk, zij het nu ex art. 6:181 jo. 173. Ondanks dat sprake is van schade door een ‘bedrijfsvreemde’ zaak, wijzen gezichtspunten als zeggenschap, de locatie van het gebruik, eenheid, profijt (in de zin van het vergroten van de motivatie en saamhorigheid), gelegenheid en mogelijk ook een verwijt in de richting van een voldoende verband tussen het gebruik van de zaak en de bedrijfsactiviteiten. Zou het ongeval evenwel gelegen zijn in een gebrek in een zaak van het ingeschakelde evenementenbureau, dan ligt aansprakelijkheid van de werkgever/opdrachtgever ex art. 6:181 jo. 173 niet in de rede. Alsdan is immers sprake van een zaak van een ingeschakelde zelfstandige hulppersoon, waarover in

beginsel deze laatste en niet diens opdrachtgever de (beslissende) zeggenschap heeft. Dan is geen sprake van het gebruik van de betreffende zaak 'in de uitoefening van' het communicatiebedrijf c.q. kwalificeert dit bedrijf niet als de in art. 6:181 bedoelde 'gebruiker' van de zaak.<sup>60</sup>

## 8.5 Conclusie en afronding

Het criterium 'in de uitoefening van' in art. 6:181 drukt uit dat voor aansprakelijkheid van de bedrijfsuitoefenaar een functionele samenhang moet bestaan tussen het schadeveroorzakende gebruik van de zaak en diens bedrijfsactiviteiten. Nu de beoordeling van dit functioneel verband vereiste, geïnspireerd op het functioneel verband van art. 6:170, scharniert om de elementen kansvergroting en zeggenschap, lijkt een vergelijkbaar afbakeningsmechanisme al besloten te liggen in vooral het gebruiksbegrip van art. 6:181. Als 'gebruiker' in de zin van art. 6:181 kwalificeert namelijk degene die de kans op schadeveroorzaking door de zaak vergroot en geacht wordt beslissende zeggenschap over de aan de zaak verbonden risico's te hebben. Hierbij komt dat het functioneel verband van art. 6:181, vanwege haar ruime uitleg, in de meerderheid der praktijkgevallen geen punt van discussie zal zijn. Al met al heeft 'in de uitoefening van' binnen art. 6:181 dus nauwelijks zelfstandige betekenis, en kan zij vooral worden gezien als zinsnede die de grondnorm van art. 6:181 nog eens uitdrukt. Niettemin zou het functioneel verband van art. 6:181 in bepaalde grensgevallen een verhelderende rol kunnen vervullen, zoals in geval van 'oneigenlijk' gebruik van zaken binnen het bedrijf of wanneer sprake is van het gebruik van zaken op de grens van de bedrijfs- en privésfeer. Worden in dergelijke gevallen, voorzover passend bij art. 6:181, aan het functioneel verband van art. 6:170 te ontleen gezichtspunten in de beoordeling betrokken, dan zou dat kunnen leiden tot beter beargumenteerde en/of inzichtelijker uitkomsten.

Dit hoofdstuk heeft bij uitstek geïllustreerd dat de drie kernvereisten van art. 6:181 (bedrijf, gebruik en 'in de uitoefening van') nauw met elkaar samenhangen en overlap kunnen vertonen of elkaar kunnen aanvullen, alsmede dat niet ieder element altijd dezelfde mate van zelfstandige betekenis toekomt en de(zelfde) beoordeling soms over de ene maar ook over de andere boeg kan plaatsvinden.<sup>61</sup> De kernbegrippen van art. 6:181 zijn terminologisch weliswaar te onderscheiden en afzonderlijk te analyseren, maar uiteindelijk gaat het steeds om de 'totaaltoets': of van de desbetreffende zaak kan worden gezegd dat deze op het moment van de schadeveroorzaking werd *'gebruikt in de uitoefening van een bedrijf'*.

---

<sup>60</sup> Zie ook par. 7.7.4.

<sup>61</sup> Zie in deze zin reeds par. 1.3 en ook 8.2.

## 9 | Balans en aanbevelingen

### 9.1 Inleiding

Art. 6:181 maakt sinds 1992 deel uit van het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De destijds ingevoerde bepaling viel uiteen in twee leden en zag op de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde roerende zaken, opstallen en dieren. In 1995 werd aan art. 6:181 nog een derde lid toegevoegd betreffende de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen. Met art. 6:181 is beoogd overzichtelijkheid te creëren voor zowel benadeelden als (potentieel) aansprakelijken: duidelijk moet zijn *wie* op kwalitatieve grondslag is aan te spreken, en *wie* zich daarvoor (desgewenst) dient te verzekeren. Toch blijkt de toepassing van art. 6:181 nog altijd met de nodige twijfels omgeven. Met deze studie is getracht een bijdrage te leveren aan het wegnemen van die onzekerheden.

### 9.2 De balans opgemaakt: zeven bevindingen

De kern van dit onderzoek wordt gevormd door een zevental bevindingen. De *eerste* houdt in dat op grond van de art. 6:173, 174, 179 en 181 een cumulatieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter niet mogelijk is: steeds is of de één of de ander de kwalitatief aansprakelijke. Ten *tweede* is verdedigd dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker in art. 6:181 ten opzichte van de bezitter in art. 6:173, 174 en 179 steeds het uitgangspunt vormt, terwijl de bezittersaansprakelijkheid ‘slechts’ dienst doet als vangnet ingeval een bedrijfsmatige gebruiker ontbreekt. Ten *derde* meen ik dat het op hulppersonen betrekking hebbende art. 6:170 – en niet art. 6:171 – als inspiratiebron heeft te gelden voor de toepassing van art. 6:181 betreffende hulpzaken. De *vierde* bevinding houdt in dat onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 iedere ‘professional’ wordt verstaan die gebruiker is van de in art. 6:173, 174 of 179 bedoelde zaken. Ten *vijfde* meen ik dat het gebruiksbegrip van art. 6:181 ingevuld behoort te worden aan de hand van ‘zeggenschap’, hetgeen tot verschillende uitkomsten kan leiden bij de in art. 6:173, 174 en 179 te onderscheiden gevallen van aansprakelijkheid. Als *zesde* bevinding heeft te gelden dat het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 (‘in de uitoefening van’) als zelfstandige toepassingsvoorwaarde van praktisch geringe betekenis is en in feite ‘slechts’ de grondnorm van art. 6:181 nog eens uitdrukt. Ten slotte wordt ten *zevende* van belang geacht dat het criterium ‘gebruik in de uitoefening van een

bedrijf' in art. 6:181 steeds als één geheel moet worden gezien: de verschillende elementen van dit criterium zijn weliswaar te onderscheiden maar moeten in de praktijk steeds in onderling verband worden gezien. In het navolgende zal ik nog eens nader afzonderlijk bij deze belangrijkste uitkomsten van mijn onderzoek stilstaan en de zeven bevindingen samengevat weergeven.

### **I.) Concentratie van aansprakelijkheid op grond van art. 6:181**

– *Binnen het stelsel van de art. 6:173, 174, 179 en 181 rust de kwalitatieve aansprakelijkheid steeds op de bezitter óf de bedrijfsmatige gebruiker.*<sup>1</sup>

Een gelijktijdige kwalitatieve aansprakelijkheid voor dezelfde schade van de bezitter én bedrijfsmatige gebruiker is binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 uitgesloten: van *cumulatie* is geen sprake. Evenmin mag de benadeelde naar eigen inzicht een keuze tussen beiden maken: *alternativiteit* is daarmee ook niet aan de orde. Art. 6:181 heeft – voor wat betreft de aansprakelijke persoon – *exclusieve werking* ten opzichte van de bezitter uit art. 6:173, 174 en 179. In het voetspoor hiervan heeft art. 6:181 evenzeer *exclusieve werking* ten opzichte van de 'bijzondere' personen binnen afd. 6.3.2 BW waarvoor de bezitter in bepaalde gevallen 'inwisselbaar' is: de erfpachter (art. 6:174 lid 2, eerste zin), medebezitter (art. 6:180 lid 1), verkrijger onder opschortende voorwaarde (art. 6:180 lid 2), alsmede de ouder/voogd (art. 6:183 lid 2). Van andere orde binnen afd. 6.3.2 BW zijn de 'bijzondere' personen als de weg-, waterstaatswerk-, leiding- en kabelbeheerder (art. 6:174 lid 2, tweede zin), alsmede de exploitant van een ondergronds werk (art. 6:174 lid 3). Hun aansprakelijkheid staat (deels) 'los' van het systeem van aansprakelijkheid van hetzij de bezitter hetzij de bedrijfsmatige gebruiker. Voor de beheerders uit art. 6:174 lid 2 geldt dat zij als dé kwalitatief aansprakelijke worden aangewezen los van de vraag naar het bezit of bedrijfsmatige gebruik. De aansprakelijkheid voor ondergrondse werken in art. 6:174 lid 3 kan daarentegen wél op de bezitter in art. 6:174 lid 1 rusten, maar niet op de bedrijfsmatige gebruiker in art. 6:181.

De leden 2 en 3 van art. 6:181, die zien op situaties van meerdere bedrijfsmatige gebruikers, hebben in die zin *exclusieve werking* dat de aansprakelijkheid telkens louter op de 'eindgebruiker' rust. Art. 6:181 heeft geen *exclusieve werking* ten opzichte van *andere* kwalitatieve aansprakelijkheden binnen afd. 6.3.2 BW dan die uit art. 6:173, 174 en 179: voor dezelfde schade kan behalve deze aansprakelijkheden tevens nog een kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van bijvoorbeeld art. 6:169, 170 of 171 bestaan. Deze 'andere' aansprakelijkheden kunnen rusten op een 'echte derde', maar ook op de in art. 6:173, 174, 179 en 181 genoemde bezitter of bedrijfsmatige gebruiker zelf. Tevens laat art. 6:181 de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162) of overeenkomst (art. 6:74) onverlet, welke aansprakelijkheden eveneens op een echte 'derde' maar ook op de bezitter of

---

1 Zie hoofdstuk 3.

bedrijfsmatige gebruiker zelf kunnen rusten. Is sprake van schade door een gebrekkige zaak waarop afd. 6.3.3 BW ziet, dan is juist deze afdeling *exclusief* toepasselijk: náást de kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent bestaat voor dezelfde schade geen kwalitatieve aansprakelijkheid van de in art. 6:173 en 181 bedoelde bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van de zaak. Cumulatie van art. 6:181 jo. 174 alsook art. 6:181 jo. 6:175 enerzijds en afd. 6.3.3 BW anderzijds is wel mogelijk.

De exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:173, 174 en 179 is verklaarbaar aan de hand van de gedachte dat aan deze kwalitatieve aansprakelijkheden een *veronderstelde zorgplicht* voor de zaak ten grondslag ligt. Kwalitatief aansprakelijk is degene die ‘verantwoordelijk’ wordt geacht voor het door de zaak aanrichten van schade. ‘Verantwoordelijkheid’ berust op zeggenschap, waarmee de aansprakelijkheid telkens berust bij degene die in de beste positie verkeert invloed op de aan de zaak verbonden risico’s uit te oefenen en schade te voorkomen. Zodra *een ander* dan de bezitter een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak in de uitoefening van zijn bedrijf ex art. 6:181 gebruikt, is de bezitter niet (meer) ‘verantwoordelijk’ voor het eventueel door de zaak aanrichten van schade. Alsdan is het ook niet billijk de bezitter daarvoor (toch) met een kwalitatieve aansprakelijkheid te belasten. Een vergelijkbare gedachtegang verklaart waarom in geval van terbeschikkingstelling van een zaak voor bedrijfsmatige gebruik aan een ander (de leden 2 en 3 van art. 6:181), niet (langer) de ‘uitlener’ maar enkel de ‘inlener’ als aansprakelijke heeft te gelden. Het perspectief van ‘invloed op de risico’s’ verklaart ook waarom in geval van schade door een productiegebrek afd. 6.3.3 BW *exclusieve werking* heeft ten opzichte van art. 6:173 en 181: niet de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker wordt geacht de grootste mate van ‘verantwoordelijkheid’ te dragen voor schade door gebreken die tijdens het productieproces zijn ontstaan, maar de producent. De rol voor ‘zeggenschap’ binnen art. 6:181 wordt geoperationaliseerd door het gebruiksbegrip van deze bepaling (zie hierna ‘bevinding V’).

## II.) Hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker

– *De kwalitatieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker vormt het uitgangspunt, die van de bezitter doet ‘slechts’ dienst als vangnet.*<sup>2</sup>

In de literatuur en rechtspraak wordt op het gebied van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken de bezitter structureel als centrale figuur gezien en de bedrijfsmatige gebruiker als een uitzondering daarop. Mijn analyse van de bedoeling van de wetgever leert echter dat – juist andersom – art. 6:181 als ‘vooropstaande’ aansprakelijkheid heeft te gelden en de bezittersaansprakelijkheden van art. 6:173, 174 en 179 dienst doen als ‘vangnet’. Dit betreft een breuk met het verleden, in het bijzonder met de aansprakelijkheid voor dieren uit art. 1404 OBW, dat wel als directe voorloper van art. 6:181 jo. 179 wordt beschouwd. In art. 1404 OBW stond de aansprakelijkheid van de eigenaar van het dier nadrukkelijk ‘voorop’ en vormde

---

2 Zie hoofdstuk 4.



die van de *gebruiker* daarop slechts een uitzondering van praktisch geringe betekenis. Dat binnen het stelsel van de art. 6:173, 174, 179 en 181 de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker vóór die van de (particuliere) bezitter gaat, sluit aan bij de bredere opzet van afd. 6.3.2 BW en ook afd. 6.3.3 BW: over nagenoeg de gehele linie heeft de wetgever de aansprakelijkheid in de eerste plaats of zelfs louter gelegd bij de ‘professional’ – in tegenstelling tot bij ‘de particulier’. De formulering in het *Loretta*-arrest – en in navolging daarvan inmiddels de literatuur en feitenrechtspraak –, inhoudende dat art. 6:181 een ‘verlegging’ van aansprakelijkheid bewerkstelligt van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker komt niet zuiver voor. Dit impliceert immers dat binnen het stelsel van de art. 6:173, 174, 179 en 181 de aansprakelijkheid in uitgangspunt telkens op de bezitter rust, die daarvan wordt ‘bevrijd’ zodra een bedrijfsmatige gebruiker valt aan te wijzen. Mijns inziens ware het zuiverder de term *exclusieve werking* van art. 6:181 aan te houden: wanneer een bedrijfsmatige gebruiker valt aan te wijzen, is daarmee dé aansprakelijke persoon gegeven en wordt aan de persoon van de bezitter als ‘vangnet’ niet toegekomen.

De praktische betekenis van de door mij voorgestane onderlinge hiërarchie tussen de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter is ten eerste dat ingeval aan de toepassingsvoorwaarden van art. 6:181 is voldaan het bezit van de zaak geen rol speelt. Dit is met name van belang in gevallen waarin het bezit van de schadeveroorzakende zaak onduidelijk is en niet meer of nog maar moeilijk valt te achterhalen. Ten tweede brengt de onderlinge hiërarchie met zich dat zodra het bezit en bedrijfsmatige gebruik van de zaak zich in dezelfde hand bevinden, de aansprakelijkheid aanknoopt bij de hoedanigheid van bedrijfsmatige gebruiker, *niet* bij die van de bezitter. Dit is in ieder geval van praktisch belang voor de vraag naar de eventuele verzekeringsdekking (AVP of AVB) in het voorliggende geval. Ten derde geldt dat nu art. 6:181 géén uitzonderingskarakter heeft maar juist doorgaat voor ‘hoofdregeel’, *een ruime uitleg* in plaats van een terughoudende toepassing van art. 6:181 in de rede ligt. Ten vierde kan het systeem van de wet in grensgevallen als ‘afrondingsfactor’ dienst doen: bij twijfel over het in een concreet geval aannemen van een aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker óf bezitter gaat van art. 6:181 een ‘absorberende’ werking uit. Tot slot is de onderlinge hiërarchie van belang voor de stelplicht en bewijslast. Het regime van art. 1404 OBW, inhoudende dat de benadeelde steeds ermee kon volstaan de eigenaar van het schadeveroorzakende dier aan te spreken, aan wie het vervolgens ter bevrijding van aansprakelijkheid was aan te tonen dat ten tijde van de schadeveroorzaking een ander ‘gebruiker’ van zijn dier was, valt niet te ‘projecteren’ op de aansprakelijkheid van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker in art. 6:181 jo. (173, 174 en) 179. De materiële rechtsregel luidt vandaag de dag namelijk *niet* – in het spoor van art. 1404 OBW – ‘de bezitter is aansprakelijk, tenzij’, maar ‘de bedrijfsmatige gebruiker is aansprakelijk, bij gebreke waarvan de aansprakelijkheid rust op de bezitter’. Acht de benadeelde de bezitter aansprakelijk, dan draagt eerstgenoemde mede de bewijslast van het feit dat art. 6:181 in de gegeven omstandigheden *niet* toepasselijk is. Acht de benadeelde een persoon als bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk, dan draagt de benadeelde eveneens de bewijslast, nu van het feit dat met betrekking tot de

aangesprokene (wel) aan het in art. 6:181 omschreven feitencomplex is voldaan. In beide gevallen is zijdens de zich verwerende aangesproken partij sprake van een bestrijdend – en niet een bevrijdend – verweer. Wel zal voor de aangesprokene ten opzichte van de benadeelde in bepaalde gevallen een ‘verzwaarde stelplicht’ kunnen gelden.

Verweert de op voet van art. 6:181 aangesprokene zich door te verwijzen naar een ander als bezitter, dan betreft dat geen steekhoudend verweer: ter toepassing van art. 6:181 doet vanwege haar exclusieve werking als gezegd niet terzake wie de ‘achterliggende’ bezitter van de zaak is.

### III.) Plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171

– *De toepassing van art. 6:181 dient geïnspireerd te worden op art. 6:170, niet op art. 6:171.*<sup>3</sup>

Vanuit bronnen rondom art. 6:181 zelf – wetsgeschiedenis, rechtspraak, literatuur en ook de rechtsvergelijking – wordt maar beperkt (principiële) richting gegeven aan de werkingssfeer van deze bepaling. In de literatuur en rechtspraak is wel aangenomen dat het op *zaken* betrekking hebbende art. 6:181 als ‘tegenhanger’ van het voor *personen* geldende art. 6:171 heeft te gelden, waarmee deze aansprakelijkheid ook het oriëntatiepunt voor de uitleg van art. 6:181 is. Ik meen echter dat art. 6:181 evenzeer als ‘tegenhanger’ van art. 6:170 heeft te gelden, terwijl de term ‘tegenhanger’ niet duidt op een juridisch-inhoudelijke samenhang maar op de tegenstelling tussen een aansprakelijkheid voor *zaken* (art. 6:181) versus *personen* (art. 6:170 en 171). Wanneer de vraag naar de juridisch-inhoudelijke samenhang wordt bezien, blijkt art. 6:181 meer gemeen te hebben met art. 6:170 dan met art. 6:171. Dit vindt zijn oorzaak in de *zelfstandigheid* van de in art. 6:171 bedoelde hulppersoon, die als ‘tegenkracht’ fungeert bij het ‘binnenhalen’ van een dergelijk persoon in de risicosfeer door diens opdrachtgever. Een ‘tegenkracht’ vergelijkbaar met de zelfstandigheid van een op voet van art. 6:171 ingeschakelde hulppersoon ontbreekt binnen art. 6:181 en art. 6:170.

Een plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171 is relevant, aangezien art. 6:170 met het accent op ‘zeggenschap’ ruim wordt uitgelegd, terwijl art. 6:171 aan de hand van een ‘eenheidsgedachte’ restrictief wordt toegepast. Dat art. 6:181 – geïnspireerd op art. 6:170 – een ruime uitleg toekomt, sluit aan bij de bevinding dat art. 6:181 in de verhouding met de bezittersaansprakelijkheden van art. 6:173, 174 en 179 géén uitzonderingskarakter heeft maar juist ‘voorop’ staat (zie ‘bevinding II’). Bij de interpretatie van de drie kernbegrippen van art. 6:181 (bedrijf, gebruik, functioneel verband) zal dan ook een *ruime* uitleg het uitgangspunt zijn, waarbij ‘zeggenschap’ een dominante rol vervult.

---

3 Zie hoofdstuk 5.

#### IV.) Het bedrijfsbegrip van art. 6:181

– *Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 ziet op de ‘professional’.*<sup>4</sup>

De theoretische argumenten ter rechtvaardiging van de kwalitatieve aansprakelijkheid van degene die een ‘bedrijf’ uitoefent, zijn niet alleen valide in geval van ‘traditionele’ of ‘typische’ bedrijfsactiviteiten. De diverse in de parlementaire geschiedenis aangevoerde argumenten als gevaarverhoging, opspoorbaarheid, overzichtelijkheid, verzekering/schadespreiding, eenheid, profijt en zorg voor de zaak hebben evengoed betekenis in geval van een *beroepsmatig* gebruik of *overheidsgebruik* (waaronder begrepen het vrije beroep en de klassieke overheid) van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Dit geldt temeer nu het profijtbeginsel – dat bij de klassieke overheid nog wel eens kan ontbreken – in dit verband geen beslissende betekenis toekomt. De voornoemde argumenten staan evenmin in de weg aan de toepassing van art. 6:181 op ‘organisaties’ die niet (goed) in de termen bedrijf, beroep en overheid zijn te vangen, zoals ziekenhuizen of onderwijsinstellingen.

Van belang is ook hier de plaatsbepaling van art. 6:181 ten opzichte van art. 6:170 en 171. Het bedrijfsbegrip van art. 6:171 komt weliswaar een ruime uitleg toe door naast een ‘typisch’ bedrijf ook het beroep met bedrijfsmatige trekken en het overheidsbedrijf te omvatten, maar deze ruime uitleg wordt in zekere zin beperkt door het uitzonderlijke karakter van deze aansprakelijkheid.<sup>5</sup> Voor een dergelijke beperking bestaat bij de onderlinge afbakening van lid 1 en 2 van art. 6:170 echter geen grond, een onderscheid dat is gelegen in de professionele versus de particuliere of privésfeer. Nu art. 6:181 betreffende *hulpzaken* juridisch-inhoudelijke samenhang vertoont met art. 6:170 lid 1 – en niet met art. 6:171 – betreffende *hulpverleners*, ligt het in de rede dat ook art. 6:181 een aansprakelijkheid in de professionele sfeer vestigt. Schade door zaken in de particuliere of privésfeer wordt dan bestreken door het ‘vangnet’ van de (particuliere) bezitter in art. 6:173, 174 en 179. De eveneens aan art. 6:181 verwante kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6:185 e.v. (productenaansprakelijkheid) en art. 6:175 (gevaarlijke stoffen) doen de aansprakelijkheid ook enkel rusten op de ‘professional’. Gelet op de theoretische argumenten achter het bedrijfsbegrip van art. 6:181 en de inbedding van dit artikel in het kwalitatieve aansprakelijkheidsrecht, valt onder ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 aldus iedere ‘professionele’ gebruiker van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken. Hieronder valt in ieder geval iedere rechtspersoon en ieder natuurlijk persoon die beroeps- of bedrijfsmatig handelt. Hieronder valt ook de overheid (zowel het overheidsbedrijf als de klassieke overheid). En ook andersoortige ‘organisaties’ zoals niet alleen de reeds genoemde ziekenhuizen en onderwijsinstellingen maar ook verenigingen, stichtingen en kerkelijke instellingen zullen in beginsel onder het begrip ‘professional’ vallen. Het bedrijfsbegrip van art. 6:181 beoogt alleen het gebruik van zaken in de particuliere c.q. privésfeer buiten de aansprakelijkheid te houden.

<sup>4</sup> Zie hoofdstuk 6.

<sup>5</sup> Gelegen in de *zelfstandigheid* van de hulppersoon waarvoor de aansprakelijkheid bestaat, alsmede in het feit dat art. 6:171 vanuit Europees perspectief als ‘buitenbeentje’ heeft te gelden.

**V.) Het gebruiksbegrip van art. 6:181**

– *Het gebruiksbegrip van art. 6:181 wordt ingevuld met ‘zeggenschap’: zeggenschap over het schadeveroorzakende element van de door de art. 6:173, 174, 175 en 179 bestreken ‘gevaarsobjecten’.*<sup>6</sup>

De aansprakelijkheid van art. 6:181 is gekoppeld aan het ‘gebruik’ van de zaak. Dit is een juridisch-technische term, die niet wordt uitgelegd conform het normale spraakgebruik. Het gebruiksbegrip van art. 6:181 komt een ruime uitleg toe, waarbij het element *zeggenschap* een dominante rol vervult. Dat *zeggenschap* (ook) een rol vervult ter toepassing van art. 6:181 sluit niet alleen aan bij een op art. 6:170 geïnspireerde uitleg van deze bepaling (zie ‘bevinding III’), maar ook bij het feit dat de diverse kwalitatieve aansprakelijkheden in afd. 6.3.2 BW vanuit historisch en dogmatisch perspectief zijn afgeleid van een zorgplicht voor de zaak. De in art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 geregelde aansprakelijkheid voor zaken berust dan ook op een *veronderstelde* zorgplicht voor (de deugdelijkheid en veiligheid van) de zaak, van welke zorg anderen – ‘buitenstaanders’ – afhankelijk zijn. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat met het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 is beoogd de aansprakelijkheid steeds te leggen bij degene die wordt geacht (de grootste mate van) ‘verantwoordelijkheid’ te dragen voor de door de zaak aangerichte schade. Deze verantwoordelijkheid berust op aspecten van zorg en *zeggenschap*. Deze aspecten spelen in dit verband overigens geen rol om *het gedrag* van de kwalitatief aansprakelijke te karakteriseren, maar om te bepalen *op wie* de kwalitatieve aansprakelijkheid behoort te rusten. De wetgever acht het ‘billijk’ de aansprakelijkheid steeds te leggen bij degene die het beste in staat wordt geacht invloed op de aan de zaak verbonden gevaren uit te oefenen en verwezenlijking daarvan te voorkomen. Onder ‘invloed op de risico’s’ kan zowel het voorkomen van verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar worden begrepen als het juist in de hand werken of ‘opwekken’ daarvan. Uit het aspect van zorg en *zeggenschap* vloeien andere (praktische of economische) aspecten als ‘duidelijkheid’, de eenheidsgedachte, het profijtbeginsel en het voorkomen van onnodige verzekeringslasten voort of gaan daarachter schuil. Nu het er aldus om gaat steeds de ‘verantwoordelijke’ aan te wijzen voor het specifieke gevaar dat de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken nu juist tot ‘bijzonder’ gevaarlijk maakt, kan de kwalitatief aansprakelijke worden omschreven als degene met (de grootste mate van) *zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen*. Aangezien de door art. 6:181 bestreken aansprakelijkheden van art. 6:173, 174, 175 en 179 zien op uiteenlopende gevaarsobjecten die niet alle hetzelfde schadeveroorzakende element hebben, kan de toepassing van deze algemene maatstaf leiden tot verschillende uitkomsten bij de te onderscheiden gevallen van kwalitatieve aansprakelijkheid. Van belang is onder meer dat roerende zaken en opstallen (pas) ‘verhoogd’ gevaarlijk in geval van een ‘gebrek’, terwijl dieren en gevaarlijke stoffen naar hun aard ‘verhoogd’ gevaarlijk zijn.

---

6 Zie hoofdstuk 7.

Voor de in art. 6:173 bedoelde roerende zaken geldt dat degene die hiermee feitelijk handelt, het gevaar van schade wegens een (verborgen) gebrek in de hand werkt. Bovendien bestaat de keuze om niet feitelijk te handelen met de zaak, waardoor mogelijke schade door een (verborgen) gebrek kan worden voorkomen. Degene die (toch) feitelijk handelt met een roerende zaak wordt geacht ‘verantwoordelijk’ te zijn voor schade door een (verborgen) gebrek in de zaak: hij wordt geacht het aansprakelijkheidsrisico van dergelijke schade te hebben aanvaard. Het bewaren (en vervoeren) van roerende zaken valt in beginsel buiten het gebruiksbegrip van art. 6:181: de band van de bewaarder (en vervoerder) is bij gebreke van een feitelijk handelen met de zaak niet ‘sprekend’ genoeg om een kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door een (verborgen) gebrek in de zaak veroorzaakte schade te rechtvaardigen.<sup>7</sup> Wel komt de term ‘gebruik’ hier in die zin een ruime uitleg toe, dat ook het onder zich hebben van een roerende zaak *met het oog op* en *na afloop* van het (eigenlijke) feitelijke handelen door art. 6:181 wordt bestreken.

Om belast te worden met de in art. 6:179 geregelde aansprakelijkheid voor dieren is een feitelijk handelen met het dier niet nodig. Een dier is reeds naar zijn aard ‘verhoogd’ gevaarlijk; de enkele aanwezigheid van een dier creëert al het ‘verhoogde’ gevaar waartegen art. 6:179 bescherming beoogt te bieden. Degene die een dier alleen al onder zich houdt, werkt daarmee reeds het ‘verhoogde gevaar’ van schade door de eigen energie daarvan in de hand. Bovendien wordt degene ‘in wiens handen’ het dier zich bevindt geacht in de beste positie te verkeren om door het dier aan te richten schade te voorkomen. Zodoende kan ingevolge art. 6:181 niet alleen degene die feitelijk met een dier handelt, maar eveneens de bewaarder (en ook vervoerder) van een dier ‘verantwoordelijk’ worden geacht voor daardoor uit eigen energie aangerichte schade. In dit perspectief past dat de aansprakelijkheid voor de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen, die eveneens naar hun aard ‘verhoogd’ gevaarlijk zijn, rust op degene die deze ‘gebruikt of onder zich heeft’ (lid 1), waarbij als aansprakelijke personen ook de bewaarder en daarmee gelijk te stellen personen als de vervoerder worden genoemd (lid 2).

Uitgangspunt bij de aansprakelijkheid voor schade door de in art. 6:174 bedoelde opstallen is dat de ‘verantwoordelijkheid’ voor de staat waarin een dergelijke onroerende zaak zich bevindt nadrukkelijk(er) op de eigenaar rust: ook wanneer een opstal ‘uit handen’ wordt gegeven aan een ander voor bedrijfsmatig gebruik, wordt de eigenaar nog altijd geacht de grootste mate van invloed te kunnen uitoefenen op de bescherming van derden tegen eventuele schadelijke werkingen daarvan. Degene die een opstal van een ander bedrijfsmatig gebruikt, handelt in de regel met die zaak zélf ook niet feitelijk: de opstal biedt ‘slechts’ het dak waaronder de eigenlijke bedrijfsactiviteiten – waarbij de in art. 6:173, 175 en 179 bedoelde zaken veelal een belangrijk rol spelen – worden verricht. Met andere woorden, de

---

<sup>7</sup> Zoals reeds gezegd, wordt in deze studie geen definitief standpunt ingenomen over de aansprakelijkheid van de vervoerder op grond van art. 6:173, 174 en 179, aangezien in dat verband mede betekenis toekomt aan – niet door dit onderzoek bestreken – regelingen in Boek 8 BW en hieraan eventueel verbonden internationale aspecten. Wel zijn mijn bevindingen omtrent de aansprakelijkheid van de bewaarder ex art. 6:181 in beginsel ook van belang voor de vervoerder, aangezien deze beide personen in zekere zin op één lijn zijn te stellen.

bedrijfsmatige gebruiker van een opstal werkt vaak niet het ‘verhoogde’ gevaar van schade door een (verborgen) gebrek in de opstal in de hand, terwijl deze persoon zich evenmin in de beste positie bevindt invloed uit te oefenen op de staat waarin de opstal verkeert. Wanneer het schadeveroorzakende gebrek in de opstal losstaat van de bedrijfsvoering, behoort niet de ‘toevallige’ gebruiker van de opstal maar de eigenaar als daarvoor ‘verantwoordelijk’ de aansprakelijkheid te dragen. Houdt het schadeveroorzakende gebrek echter wél verband met de wijze waarop de opstal bedrijfsmatig wordt gebruikt – het gebouw of werk blijkt bijvoorbeeld niet bestand tegen het overmatige trillen en schokken afkomstig van in de opstal verrichte werkzaamheden, of de opstal is ongeschikt voor het specifieke (gevaarzettende) gebruik dat daarvan wordt gemaakt –,<sup>8</sup> dan is niet (langer) de eigenaar maar de gebruiker de ‘verantwoordelijke’ voor de aangerichte schade. Deze gedachtegang komt ook tot uitdrukking in de tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181. Het door de wetgever ‘billijk’ geachte resultaat ligt echter al besloten in de vuistregel van art. 6:181 lid 1 zelf, zodat bedoelde tenzij-clausule als afzonderlijk vereiste geen zelfstandige betekenis heeft maar kan worden geacht de ‘grondnorm’ van art. 6:181 nog eens uit te drukken.

Overigens zal net als degene die een opstal bedrijfsmatig gebruikt ook degene die een opstal enkel onder zich houdt (bewaarder/beheerder) in beginsel niet ingevolge art. 6:181 met de aansprakelijkheid van art. 6:174 zijn belast. In geval van het *beheer* van een opstal is van een feitelijk handelen met de opstal zélf, waardoor het gevaar van schade door een (verborgen) gebrek in de hand wordt gewerkt, evenmin sprake. En ook als de feitelijke zorg voor de opstal door de eigenaar ‘uit handen’ wordt gegeven aan een ander als de beheerder, blijft de ‘verantwoordelijkheid’ voor de staat waarin het gebouw of werk verkeert (onderhoud, inspectie, treffen van maatregelen) in de eerste plaats liggen bij de eigenaar. Beheerders die (mede) zijn belast met taken betreffende de kwaliteit en het onderhoud van de opstal, dragen ingevolge art. 6:181 niet zelf de aansprakelijkheid ex art. 6:174, maar zijn veeleer als hulppersonen van de eigenaar te beschouwen om zijn ‘verantwoordelijkheid’ voor de (deugdelijke) staat van de opstal waar te maken.

In situaties van terbeschikkingstelling van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, beoogt lid 2 van art. 6:181 uit te drukken dat de aansprakelijkheid steeds op ‘de laatste in de keten’ rust. Deze bepaling komt als overbodige uitwerking van de vuistregel van art. 6:181 lid 1 voor, aangezien aan de hand van de vraag naar de (grootste mate van) zeggenschap over de aan de betreffende zaak verbonden risico’s telkens al wordt uitgekomen bij de ‘meest relevante laedens’, meestal de ‘eindgebruiker’. Ook in geval van het gebruik van zaken in concernverband of anderszins onderling gelieerde bedrijven zal steeds aan de hand van ‘zeggenschap’ de meest aangewezen persoon aansprakelijk zijn, hetgeen doorgaans de (feitelijke) ‘eindgebruiker’ zal zijn.

---

8 Zie voor deze en meer voorbeelden par. 7.6.5.6-10.

Ook lid 3 van art. 6:181, dat ziet op de terbeschikkingstelling van gevaarlijke stoffen, komt overbodig voor. Art. 6:175 lid 1 en 2 brengen reeds mee dat de kwalitatieve aansprakelijkheid voor een gevaarlijke stof telkens berust bij degene ‘in wiens handen’ deze zich bevindt, aangezien die persoon wordt geacht de meeste invloed te hebben op de aan de stof verbonden risico’s. Dit stelsel leidt in geval van het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van een stof door de één aan een ander al ertoe dat de kwalitatieve aansprakelijkheid rust op ‘de laatste in de keten’, dezelfde persoon die art. 6:181 lid 3 op het oog heeft.

Een en ander laat overigens onverlet de mogelijkheid dat van meerdere professionals tegelijk kan worden gezegd eenzelfde zaak te ‘gebruiken’. Gedacht kan worden aan verschillende personen die tezamen één bedrijf uitoefenen of aan twee verschillende bedrijven die gezamenlijk dezelfde zaak gebruiken (zoals twee aannemers en één steiger op een bouwlocatie). De betrokken professionals zijn dan naar analogie van art. 6:180 lid 1 (medebezitters) en 6:182 (mede-exploitanten) hoofdelijk jegens de benadeelde verbonden op basis van art. 6:181 lid 1.

De beoordeling van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade door zaken toebehorende aan een ingeschakelde *zelfstandige* hulppersoon past ook in de voor-noemde op ‘zeggenschap’ gebaseerde gedachtegang. Het kenmerk van een zelfstandige hulppersoon is dat ‘zeggenschap’ over deze persoon bij diens opdrachtgever ontbreekt. In beginsel is het aan deze hulppersoon zélf – en niet (mede) aan diens in art. 6:181 bedoelde opdrachtgever – om zorg te dragen voor de deugdelijkheid en het veilig functioneren van zijn hulpmiddelen en derden tegen de eventuele schadelijke werking daarvan te beschermen. Nu het derhalve de zelfstandige hulppersoon is met de grootste mate van invloed op de aan zijn zaken verbonden risico’s, kwalificeert in beginsel alleen hij – en niet (ook) diens opdrachtgever – als gebruiker ex art. 6:181 lid 1. Dit is anders in geval van ‘schijn-zelfstandigheid’, aangezien in dergelijke situaties de relevante zeggenschap geheel of ook deels bij de betreffende opdrachtgever berust. Alsdan kwalificeert (alleen) deze laatste als ‘gebruiker’ in de zin van art. 6:181 lid 1 dan wel is een hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgever en opdrachtnemer ex art. 6:181 lid 1 aan de orde.

Ten slotte geldt dat het aanknopen bij ‘zeggenschap’ niet met zich brengt dat *ieder* feitelijk handelen met een roerende zaak (art. 6:173) of *ieder* onder zich houden van een dier (art. 6:179) tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:181 leidt. Gedoeld wordt op de ‘vluchtige’ gebruiker of bewaarder van een zaak (de tankende taxichauffeur langs de snelweg) of dier (de behandelend dierenarts op het erf van de bezitter), die aldus maar kortdurend of incidenteel ‘bemoeienis’ met de zaak of het dier heeft.<sup>9</sup> Voor deze personen is de mogelijkheid om invloed op de risico’s uit te oefenen maar beperkt: hun zeggenschap is in tijd, ruimte en/of zelfstandigheid beperkt, terwijl soms ook nog een zekere afstand tot de zaak bestaat vanwege een gebrek aan deskundigheid en vaardigheden. In plaats van de

---

9 Zie voor deze en meer voorbeelden par. 7.8.

‘toevallige’ gebruiker of bewaarder is er een ander die een meer ‘sprekende’ band met het object heeft, veelal degene in wiens ‘organisatie’ de zaak is ingebed. Niet de vluchtige passant die (de organisatie van) een ander als ‘gast’ tegemoet treedt behoort kwalitatief aansprakelijk te zijn, maar degene die zijn veronderstelde zorgplicht voor de zaak uit hoofde van een meer bestendige band met die zaak ook kan waarmaken.

#### **VI.) Het functioneel verband van art. 6:181**

– *Het functioneel verband van art. 6:181 heeft als zelfstandig vereiste praktisch geringe betekenis.*<sup>10</sup>

Het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 (‘in de uitoefening van’) drukt uit dat de bedrijfsmatige gebruiker niet kwalitatief aansprakelijk is voor iedere schadeveroorzaking door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken: het schadeveroorzakende gebruik van de zaak dient een zekere functionele samenhang te vertonen met diens bedrijfsactiviteiten. Het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 is als zelfstandige toepassingsvoorwaarde van praktisch geringe betekenis. Door zijn ruime uitleg zal het vereiste in de praktijk maar zelden een punt van discussie opleveren, terwijl de(zelfde) afbakening van de aansprakelijkheid veelal reeds kan plaatsvinden langs de band van het gebruiks- en bedrijfsbegrip van art. 6:181. Wanneer bepaald gebruik van een zaak te ver verwijderd van de bedrijfsvoering wordt geacht om een aansprakelijkheid ex art. 6:181 te rechtvaardigen, kan immers aangenomen worden dat het betreffende bedrijf ten tijde van de schadeveroorzaking geen ‘gebruiker’ van de zaak (meer) was, dan wel dat de zaak op dat moment niet ‘als’ bedrijf werd gebruikt.

Voor zover toch zelfstandige betekenis (lees: een verhelderende rol) wordt toegekend aan het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 – waarbij voornamelijk aan grensgevallen moet worden gedacht –, kan voor de beoordeling daarvan inspiratie worden opgedaan bij het functioneel verband van art. 6:170. Zo zullen het element van kansvergroting en een zeggenschapseis ook relevant zijn voor het functioneel verband van art. 6:181, alsmede de aan art. 6:170 te ontleen gezichtspunten die daaruit voortvloeien c.q. daarvan een uitwerking vormen, zoals de aard van het gebruik, de plaats en het tijdstip daarvan en de betrokkenheid van hulpmiddelen van de op voet van art. 6:181 aangesprokene.

In veel gevallen zal het functioneel verband van art. 6:181 spoedig aangenomen kunnen worden. Zo zal uit de aard der aansprakelijkheid van art. 6:181 doorgaans al voldaan zijn aan het gezichtspunt ‘betrokkenheid van hulpmiddelen’ van het aangesproken bedrijf. Een schadeveroorzakend gebruik van een ‘bedrijfsmiddel’ zal zodoende maar moeilijk in geen enkel verband kunnen staan met haar bedrijfsactiviteiten. In geval van het tijdens ‘diensttijd’ en op de bedrijfslocatie gebruiken van zaken die de ex art. 6:181 aangesprokene toebehoren of door deze ter beschikking zijn gesteld, zal het functioneel verband nauwelijks voor betwisting vatbaar zijn. Discussie zou zich kunnen voordoen met betrekking tot

---

<sup>10</sup> Zie hoofdstuk 8.



‘oneigenlijk’ gebruik van zaken binnen het bedrijf en het gebruik van zaken op de grens van de bedrijfs- en privésfeer. Ook in deze laatste twee situaties/grensvallen is het bepaald niet uitgesloten dat het schadeveroorzakend gebruik van de zaak (nog) in de bedrijfsrisicosfeer van de ex art. 6:181 aangesprokene valt.

Ook de aansprakelijkheid voor schade door zaken van een op voet van art. 6:171 ingeschakelde hulppersoon is wel in verband gebracht met het functioneel verband van art. 6:181. De vraag die daarbij wordt gesteld, is of dergelijke zaken (ook) ‘in de uitoefening van’ het bedrijf van de opdrachtgever gebruikt worden. Ook hier heeft het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 naar mijn idee nauwelijks zelfstandige betekenis: de aansprakelijkheidsvraag wordt reeds beantwoord langs de band van het gebruiksbegrip van art. 6:181. Nu het in beginsel de zelfstandige hulppersoon zelf is met de meeste invloed op de aan zijn zaken verbonden risico’s, kwalificeert alleen hij als ‘gebruiker’ van de zaak ex art. 6:181 lid 1, niet (ook) diens opdrachtgever.

#### VII.) Telkens een ‘totaalbenadering’

– *Het criterium ‘gebruik in de uitoefening van een bedrijf’ in art. 6:181 moet als één geheel worden beschouwd: steeds is de ‘totaaltoets’ beslissend.*<sup>11</sup>

Degene die de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken ‘gebruikt in de uitoefening van zijn bedrijf’ is de persoon die professionele activiteiten verricht (‘bedrijf), met de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken (‘in de uitoefening van’), uit hoofde waarvan hij de grootste mate van zeggenschap heeft over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen (‘gebruik’). Deze drie kernelementen waaruit art. 6:181 is opgebouwd, zijn terminologisch wel te onderscheiden maar niet altijd even goed te scheiden. Voor de praktische toepassing van art. 6:181 is het ook niet altijd nodig een (strikt) onderscheid tussen de drie kernbegrippen te maken, maar dienen de verschillende elementen veeleer in onderling verband te worden gezien. Daarbij is soms sprake van overlap en komt niet ieder element dezelfde mate van zelfstandige betekenis toe. Of in een voorkomend geval aan de toepassingsvoorwaarden van art. 6:181 is voldaan, is soms over de ene of juist andere boeg te beoordelen, maar soms kan eenzelfde beoordeling ook langs de band van de verschillende vereisten van art. 6:181 plaatsvinden dan wel vullen deze vereisten elkaar bij de beoordeling aan. Denk aan een schadeveroorzakend gebruik van een zaak door een ondergeschikte in de privésfeer. Wanneer een aansprakelijkheid van diens werkgever daarvoor ex art. 6:181 niet gerechtvaardigd wordt geacht, zou geoordeeld kunnen worden dat, vanwege een te ver verwijderd verband met de bedrijfsactiviteiten, de schadeveroorzakende zaak niet ‘in de uitoefening van’ het bedrijf werd gebruikt. Ook mogelijk is het oordeel dat het bedrijf, bij gebreke van enige reële bemoeienis, niet ‘als’ gebruiker van de betreffende zaak kwalificeert. Tot slot zou evengoed gezegd kunnen worden dat, aangenomen dat (de hoedanigheid van) het bedrijf niets met het schadeveroorzakende gebruik van doen had, de werkgever de zaak

---

<sup>11</sup> Par. 1.3, 8.2, 8.4.1 en 8.5.

ten tijde van de schadeveroorzaking niet ‘als’ bedrijf gebruikte. Uiteindelijk gaat het steeds om de ‘totaaltoets’: of van de zaak of het dier kan worden gezegd dat deze wordt ‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’ in de zin van art. 6:181.

### 9.3 De aansprakelijkheidsrecht- en verzekeringsrechtpraktijk

De gevolgen van de door mij verdedigde uitleg van art. 6:181 lijken mee te vallen voor de aansprakelijkheidsrecht- en verzekeringsrechtpraktijk. Een verandering van de schadelast is in ieder geval niet aan de orde. Betoogd is niet om eerder een vestiging van aansprakelijkheid voor schade door de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken aan te nemen of juist niet. Dit vraagstuk hangt ook samen met de materiële toepassingsvoorwaarden van de art. 6:173, 174 en 179 zélf (o.a. is sprake van een gebrek in de zaak, werd de schade veroorzaakt door de ‘eigen energie’ van het dier?), waarop deze studie niet ziet. Het onderhavige onderzoek naar art. 6:181 betreft ‘slechts’ de ‘wie-vraag’: het gaat niet erom óf in een voorkomend geval de kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van art. 6:173, 174 en 179 intreedt, maar op *wie* die aansprakelijkheid dan rust. Voor de aansprakelijkheidsrecht- en verzekeringsrechtpraktijk is van belang dat de uitkomsten van dit onderzoek kunnen leiden tot een verschuiving van bepaalde aansprakelijkheidsrisico’s. Ter illustratie geldt te dien aanzien, wanneer de drie kernvereisten van art. 6:181 nog eens afzonderlijk worden gezien, meer concreet het navolgende.

Met betrekking tot het gebruiksbegrip van art. 6:181 valt vooral de aansprakelijkheid voor dieren van art. 6:179 te noemen. Waar onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis tot nog toe vaste rechtspraak is dat de professionele *bewaarder* van andermans dier niet kwalificeert als de in art. 6:181 bedoelde ‘gebruiker’, meen ik dat de ze ingevolge art. 6:181 wel belast behoort te zijn met de aansprakelijkheid van art. 6:179. Gelet op de (andersluidende) uitleg die tot op heden aan art. 6:181 wordt gegeven, zou dit leiden tot een verschuiving van aansprakelijkheidsrisico’s: de professionele bewaarder van andermans dier (zoals een asiel, dierenopvang, stalhouder of dierenkliniek) loopt een extra, voorheen niet aan hem toegedicht aansprakelijkheidsrisico, terwijl de in art. 6:179 bedoelde bezitter daardoor meer dan voorheen wordt ontzien. En hoewel in dit onderzoek als gezegd geen finaal standpunt over de positie van de vervoerder in relatie tot art. 6:181 wordt ingenomen, zou de professionele vervoerder van andermans dieren – die immers in zekere zin met de bewaarder op één lijn is te stellen – ingevolge art. 6:181 jo. 179 mogelijk ook vergaander aansprakelijk kunnen zijn dan tot nu toe gedacht. Een en ander zou in de praktijk tot een zwaardere last onder AVB’s kunnen leiden, terwijl daar door de exclusieve werking van art. 6:181 in geval van een particuliere dierenbezitter een verlaging van de schadelast onder AVP’s tegenover staat. Is de bezitter van het dier ook een professional, dan doet zich een verschuiving van aansprakelijkheidsrisico’s van de ene naar de andere AVB voor. Hierbij geldt overigens dat het in mijn ogen niet zo is dat (potentieel) aansprakelijken en de betrokken WA-verzekeraars geen rekening hebben kunnen houden met de mogelijkheid dat een bewaarder van een dier in bepaalde

gevallen ingevolge art. 6:181 tóch de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:179 draagt. Zo is in de literatuur inmiddels al meermaals aan de orde gesteld of het categorisch uitsluiten van iedere vorm van bewaren van art. 6:181 wel stand zal houden.<sup>12</sup>

Voor wat betreft het bedrijfsbegrip van art. 6:181 noem ik in het bijzonder de positie van het vrije beroep en de klassieke overheid. In de door mij bepleite uitleg van art. 6:181 vallen deze organisaties als professionals ‘gewoon’ onder de reikwijdte van art. 6:181. Een tot nog toe wel gehuldigde opvatting is evenwel dat art. 6:181, geïnspireerd op art. 6:171, enkel ziet op ‘typische’ bedrijfsactiviteiten, waaronder dan mede alleen het beroep met bedrijfsmatige trekken en het overheidsbedrijf begrepen kunnen worden. Ook hier heeft art. 6:181 dus een ruimer bereik dan wellicht gedacht. Maar ook hier geldt dat van een ‘cultuuromslag’ in de toepassing van art. 6:181 geen sprake is. Zo wees de wetsgeschiedenis al uit dat art. 6:181 niet beperkt is tot het typische ‘bedrijf’ maar ook betrekking kan hebben op andersoortige organisaties als ziekenhuizen, stichtingen en verenigingen, terwijl de literatuur en rechtspraak over art. 6:181 eveneens in de richting tenderen van toepasselijkheid van art. 6:181 op ook andere ‘organisaties’ dan alleen het traditionele bedrijf. Bovendien kan in dit verband bedacht worden dat de aansprakelijkheid voor hulppersonen van art. 6:170, de juridisch-inhoudelijke ‘tegenhanger’ van art. 6:181, al van oudsher en onbestreden ziet op kort gezegd beroep, bedrijf en overheid. Wellicht dat in de door mij verdedigde toepassing van art. 6:181 kleinschalige organisaties die niettemin voldoende ‘professioneel’ worden geacht, onvoldoende bedacht zijn op de reikwijdte van art. 6:181. Ook hier kan zich derhalve een verschuiving van aansprakelijkheidsrisico’s voordoen tussen afgesloten WA-verzekeringen.

Ten aanzien van het functioneel verband van art. 6:181 geldt dat dit vereiste in de door mij voorgestane benadering mogelijk ruimer wordt uitgelegd dan sommigen voor ogen stond: niet, zoals wel geopperd, aansluiten bij het functioneel verband van het restrictieve art. 6:171 maar bij dat van het royale art. 6:170. De gevolgen hiervan komen evenmin onoverkomelijk voor: het functioneel verband vereiste van art. 6:181 vervult in de praktijk als zelfstandige toepassingsvoorwaarde namelijk maar een geringe rol van betekenis.

Naast enige veranderingen betreffende de vraag wie wanneer een kwalitatieve aansprakelijkheid draagt, brengt de in dit boek verdedigde toepassing van art. 6:181 mogelijk ook een wijziging mee ten aanzien van wie op grond van art. 150 Rv wat moet bewijzen. Ik volsta hier met de opmerking dat in mijn ogen de uit art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 te destilleren materiële rechtsregel anders dan wel wordt aangenomen niet luidt ‘de bezitter is aansprakelijk, tenzij’, maar ‘de bedrijfsmatige gebruiker is aansprakelijk, bij gebreke waarvan de aansprakelijkheid rust op de bezitter’. De praktische consequenties hiervan werden in dit hoofdstuk zojuist al aangestipt in het kader van ‘bevinding II’ (slot).

---

12 Zie par. 7.3.3.

Tot slot merk ik op dat ondanks de voornoemde ‘veranderingen’ in de toepassing van art. 6:181, in de verzekeringsportefeuille van (potentieel) aansprakelijken niets behoeft te veranderen: de aansprakelijkheidsrisico’s waarmee zij zich in verband met de art. 6:173, 174, 179 en 181 geconfronteerd kunnen zien, blijven gedekt onder *reeds afgesloten* AVP’s en AVB’s. Wat hooguit verandert is wie *wanneer* op deze verzekeringen een beroep moet doen: waar een aansprakelijkstelling op kwalitatieve grondslag voorheen geen kans van slagen werd toegedicht, kan dit uitgaande van de door mij voorgestane uitleg van art. 6:181 wel het geval zijn en vice versa. Voor bepaalde personen die (nog) geen WA-verzekering hebben afgesloten met het oog op de aan art. 6:173, 174 en 179 verbonden aansprakelijkheidsrisico’s, zou het zodoende raadzaam kunnen zijn daartoe alsnog over te gaan (denk bijvoorbeeld aan professionele bewaarders van dieren). Gelet op de vermoedelijke verschuiving van bepaalde aansprakelijkheidsrisico’s zou het aanbeveling kunnen verdienen de noodzaak van bijstelling van polisvoorwaarden en/of premies eens tegen het licht te houden. Het is in ieder geval te hopen dat met het onderhavige onderzoek voor de betrokkenen (benadeelden, (potentieel) aansprakelijken en aansprakelijkheidsverzekeraars) meer duidelijkheid is ontstaan over de toepassing van art. 6:181, en transactiekosten in kwesties die zich rondom deze bepaling afspeelen verminderen. Dát is immers ook wat de wetgever naar eigen zeggen (mede) met de invoering van art. 6:181 heeft voorgestaan.

#### 9.4 Aanbevelingen voor de wetgever

Gelet op de uitkomsten van mijn onderzoek acht ik een ingrijpen door de wetgever niet per se noodzakelijk. De door mij verdedigde toepassing van art. 6:181 is reeds mogelijk in zijn huidige vorm, zij het aan de hand van een niet al te letterlijke interpretatie van de wettekst. Niettemin meen ik dat het de voorkeur verdient een aantal wijzigingen in de tekst van art. 6:181 door te voeren, om deze (meer) in overeenstemming te brengen met de praktische toepassing van de bepaling. Een ‘buigzame’ lezing van art. 6:181 zou dan niet langer nodig zijn en overbodige onderdelen kunnen worden geschrapt. Gelet op de uitkomsten van dit onderzoek is overigens niet alleen art. 6:181 zelf ‘op te schonen’ en scherper te redigeren, maar zijn ook bepaalde aanpassingen binnen het door de art. 6:173, 174, 179 en 181 gevormde stelsel als geheel raadzaam. Voor de uitwerking hiervan en een eerste aanzet tot een wetwijziging verwijs ik de geïnteresseerde lezer naar de bijlage achter dit hoofdstuk (‘Voorstel tot wijziging van de art. 6:173, 174, 179 en 181’). Afd. 6.3.2 BW is sinds haar invoering in 1992 al meermaals gewijzigd:<sup>13</sup> wellicht kan bij een eerstvolgend nieuw ingrijpen door de wetgever van de gelegenheid gebruik worden gemaakt ook de door mij in het kader van dit onderzoek voorgestelde ‘reparatiewerkzaamheden’ te verrichten.

---

13 Zie voor een overzicht par. 2.3.

## 9.5 Tot besluit

Deze studie ving aan met de casus van een carnavalsvereniging, waarin diverse vraagstukken betreffende de toepassing van art. 6:181 liggen besloten. De vereniging liet andermans paard meelopen in de jaarlijkse carnavalsoptocht, vervoerde dit dier met behulp van andermans veewagen, bediende zich van andermans cirkelzaag om een praalwagen te bouwen en verrichte de diverse voorbereidende werkzaamheden in andermans loods, waarin bovendien het carnavalspaard tijdelijk werd gestald. Bezien we nu aan het einde van dit onderzoek nogmaals de diverse aansprakelijkheids- en verzekeringskwesties die zich rondom de carnavalsvereniging afspeelden,<sup>14</sup> dan blijkt daaromtrent met betrekking tot de toepassing van art. 6:181 het volgende.

De vereniging valt als (voldoende) ‘professioneel’ onder het *bedrijfsbegrip* van art. 6:181: van een handelen in de particuliere sfeer of als ‘consument’ was geen sprake. Dat het paard om niet aan de vereniging ter beschikking is gesteld en de vereniging geen winstoogmerk heeft, maakt dit niet anders: het profijtbeginsel is niet beslissend voor de toepassing van art. 6:181.

Wanneer de vereniging het van de particuliere bezitter betrokken paard laat meelopen tijdens de optocht, voldoet de vereniging ook aan het *gebruiksbegrip* van art. 6:181: er is sprake van een feitelijk handelen met het dier. Overigens valt reeds het enkele onder zich houden van een dier al onder het gebruiksbegrip van art. 6:181. Zo geldt de vereniging ook als ‘gebruiker’ van het paard wanneer zij dit dier in de loods op stal zet, in afwachting van de start van de optocht. In dat geval is bovendien sprake van het onder zich houden van het dier ‘met het oog op’ een feitelijk handelen (het laten meelopen in de optocht), hetgeen evenzeer kwalificeert als ‘gebruik’ ex art. 6:181. Ook het vervoeren van het paard door de carnavalsvereniging in een veewagen heeft in beginsel als ‘gebruik’ van dit dier te gelden. Ook nu geldt dat het onder zich houden van een dier daartoe al voldoende is, terwijl ook kan worden gezegd dat van het enkele vervoeren geen sprake is maar van het vervoeren ‘met het oog op’ een feitelijk handelen (laten meelopen in de optocht).

De vereniging geldt ook als bedrijfsmatige ‘gebruiker’ van de door de bouwmarkt tegen een vergoeding ter beschikking gestelde cirkelzaag. Door het feitelijk handelen met deze zaak wordt de vereniging geacht het aansprakelijkheidsrisico van schade door een (verborgen) gebrek te hebben aanvaard. Nu de vereniging de grootste mate van invloed heeft op de aan de zaak verbonden risico’s, rust alleen op haar als ‘eindgebruiker’ de kwalitatieve aansprakelijkheid; lid 2 van art. 6:181 kan hiertoe gemist worden. Is evenwel sprake van een productiegebrek in de cirkelzaag, dan wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de in afd. 6.3.3 BW producent. Het is dan immers deze laatste die ‘een grotere mate van verantwoordelijkheid draagt’ voor de door de gebrekkige zaak aangerichte schade.

<sup>14</sup> Dit betreffen vragen ten aanzien van het bedrijfsbegrip van art. 6:181 (par. 1.1.1), het gebruiksbegrip (par. 1.1.2), het functioneel verband-vereiste (par. 1.1.3), de voor opstallen geldende tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 (par. 1.1.4), de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker en de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde bezitter (par. 1.1.5), alsmede de verhouding tussen meerdere bedrijfsmatige gebruikers in geval van het ter beschikking stellen van zaken (par. 1.1.6).

Ook de van een transportbedrijf afkomstige veewagen waarin de vereniging het paard vervoert, wordt door de vereniging ‘gebruikt’. Wederom omdat sprake is van een feitelijk handelen met de zaak, hetgeen ‘risicoaansprakelijkheidsaanvaarding’ in geval van een (verborgen) gebrek in de zaak met zich brengt. Ook nu is enkel de vereniging als degene met de meeste invloed op de aan de zaak verbonden risico’s – als ‘laatste in de keten’ – met de kwalitatieve aansprakelijkheid belast en is art. 6:181 lid 2 voor dit resultaat niet nodig. Dat de veewagen op ‘ad hoc-basis’ tegen vergoeding ter beschikking werd gesteld door het transportbedrijf en zijn activiteiten, anders dan die van de bouwmarkt, niet (mede) bestaan uit het aan anderen ter beschikking stellen van zaken (verhuur/leasing) maakt dit niet anders. Is sprake van een productiegebrek in de veewagen, dan zal ook hier de producent als ‘meest verantwoordelijke’ hebben te gelden.

Komt tijdens de activiteiten van de vereniging in de gehuurde loods het dak daarvan plotseling naar beneden, dan zal de vereniging veelal als ‘toevallige’ gebruiker van de opstal hebben te gelden die niets van doen heeft met het schadeveroorzakende gebrek. Voor schade door ‘eigen’ gebreken in de loods draagt de eigenaar/bezitter van de opstal uit art. 6:174 de aansprakelijkheid. Dit is anders wanneer sprake zou zijn van instorting van het dak te wijten aan bijvoorbeeld een overmatig trillen en schokken door de werkzaamheden die de carnavalsvereniging in de loods verricht. Alsdan heeft niet de eigenaar maar de vereniging als ‘meest verantwoordelijk’ voor het ontstaan van de schade te gelden. De tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 is voor de voornoemde risicoverdeling niet nodig; zij wordt geacht de grondnorm van de vuistregel uit art. 6:181 lid 1 nog eens uit te drukken.

Het ‘gebruik’ dat de vereniging van het paard, de veewagen en de cirkelzaag in de zin van art. 6:181 maakt, vindt plaats ‘in de uitoefening van’ haar bedrijf. De band tussen de activiteiten van de vereniging en de inzet van deze zaken is sprekend: aan de elementen van kansvergroting en zeggenschap is voldaan. Nu het gebruiksbegrip van art. 6:181 echter al een vergelijkbare toets aanlegt, komt het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 nauwelijks zelfstandige betekenis toe; ook zij drukt veeleer de grondnorm van art. 6:181 lid 1 nog eens uit. Zo kan bij gebreke van kansvergroting en zeggenschap met betrekking tot de loods gezegd worden dat de vereniging daarvan niet de in art. 6:181 bedoelde ‘gebruiker’ is ofwel dat de loods niet ‘in de uitoefening van’ haar bedrijf wordt gebruikt. In grensgevallen zou het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 niettemin verhelderend kunnen werken: de voorzitter van de carnavalsvereniging laat zijn dochter thuis, in de privésfeer een ritje op het carnavalspaard maken. Geïnspireerd op het functioneel verband van art. 6:170, lijkt (toch) toepassing aan art. 6:181 gegeven te kunnen worden: het functioneel verband kent als uitgangspunt een ruime uitleg, terwijl de ‘bedrijfsactiviteiten’ van de vereniging de gelegenheid voor het schadeveroorzakende gebruik (berijdster wordt afgeworpen) hebben geschapen, daarover via de persoon van de voorzitter namens de vereniging een zekere zeggenschap bestaat, het paard als een bij het ongeval betrokken hulpmiddel van de vereniging kan worden gezien en het gebruik van dit dier strekte tot motivatie van de dochter – die zelf ook lid van de

vereniging was – om zich voor de vereniging te blijven inzetten. De vereniging zou in dit schadegeval zodoende toch geacht kunnen worden het paard ‘in de uitoefening van’ haar activiteiten te hebben gebruikt. Of over een andere boeg: op het moment van de schadeveroorzaking kwalificeerde de vereniging toch ‘als’ gebruiker van het dier. Of nog weer anders: de vereniging gebruikte het dier toch ‘als’ bedrijf.

Is de carnavalsvereniging binnen het stelsel van art. 6:181 jo. 173, 174 en 179 als bedrijfsmatige gebruiker eenmaal belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de door het paard, de veewagen, cirkelzaag of loods aangerichte schade, dan is zij ten opzichte van de bezitter of het ‘uitlenende’ bedrijf daarvan *exclusief* aansprakelijk. Een cumulatieve aansprakelijkheid voor dezelfde schade van de bedrijfsmatige gebruiker én bezitter dan wel van meerdere bedrijven in geval van terbeschikkingstelling, staat op gespannen voet met de grondgedachte van art. 6:181: de aansprakelijkheid behoort steeds te berusten bij degene die in de beste positie verkeert op de aan de zaak verbonden risico’s invloed uit te oefenen en schade te voorkomen. In geval van bedrijfsmatig gebruik van andermans zaak, wordt de bezitter geacht daarmee nog een te weinig sprekende band te hebben om zijn veronderstelde zorgplicht met betrekking tot die zaak waar te kunnen maken. Eenzelfde gedachte gaat op voor het ‘uitlenende’ bedrijf dat een zaak aan een ander ter beschikking heeft gesteld voor gebruik in de uitoefening het bedrijf van deze ‘inlener’.<sup>15</sup> Is evenwel sprake van een *gezamenlijk* gebruik door meerdere bedrijven van dezelfde zaak, dan bestaat de mogelijkheid van een hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:181 lid 1.

Het leek mij niet verkeerd dit onderzoek op het terrein van het civiele aansprakelijkheidsrecht af te ronden met een relativerende kanttekening. Bij eenieder die zich professioneel bezighoudt met het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht ligt, in beslag genomen door enkel de gevallen waarin gevaren zich *hebben* verwezenlijkt en schade *is* geleden, een zekere beroepsdeformatie op de loer. Niet uit het oog moet echter worden verloren dat in zowel de particuliere als professionele sfeer op velerlei manieren gevaarscheppend wordt gehandeld, maar dat bepaald niet iedere bezigheid waaraan zekere gevaren zijn verbonden ook tot een verwezenlijking daarvan leidt.<sup>16</sup> Zo ook in de casus van het carnavalspaard: nadat de praalwagen mede door de inzet van de cirkelzaag tijdig en droog onder het dak van de loods kon worden afgebouwd, werd het met de veewagen aangevoerde paard door de leden van de carnavalsvereniging voor de praalwagen gespannen, waarna dit dier monter meeliep in de feestelijke optocht die tot genoegen van de toeschouwers door het dorp trok.

<sup>15</sup> Vgl. de strekking van het – door mij overbodig geachte – tweede (en ook derde) lid van art. 6:181.

<sup>16</sup> Vgl. de rechtsregel uit o.a. HR 12 mei 2000, *NJ* 2001/300, m.nt. Hijma (*Verhuizende zusjes*) en HR 7 april 2006, *NJ* 2006/244 (*Bildtpollen/Miedema*).

## Bijlage: Voorstel tot wijziging van de art. 6:173, 174, 179 en 181

### 1. Inleiding

In deze bijlage heb ik in twee varianten de concrete wetswijzigingen uitgewerkt die naar mijn mening nodig zijn om de tekst van afd. 6.3.2 BW (meer) in overeenstemming te brengen met de uitkomsten van mijn onderzoek. Ik vang aan met een weergave van de tekst van het huidige art. 6:181:

(art. 6:181)

1. Worden de in de artikelen 173, 174 en 179 bedoelde zaken, opstallen of dieren gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, dan rust de aansprakelijkheid uit de artikelen 173 lid 1, 174 lid 1 en lid 2, eerste zin, en 179 op degene die dit bedrijf uitoefent, tenzij het een opstal betreft en het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat.
2. Wanneer de zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander, dan wordt die ander als de uit hoofde van het vorige lid aansprakelijke persoon aangemerkt.
3. Wanneer een stof als bedoeld in artikel 175 in de uitoefening van een bedrijf wordt gebruikt door deze stof ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het beroep of bedrijf van een ander, wordt die ander als de uit hoofde van artikel 175 lid 1 aansprakelijke persoon aangemerkt.

### 2. Variant I

In mijn ogen zou met de navolgende, danig ‘uitgeklede’ variant van het huidige art. 6:181 kunnen worden volstaan.

(art. 6:181 aangepast)

‘In geval van een professionele gebruiker van de in de artikelen 173, 174 en 179 bedoelde zaken of dieren, rust op deze de aansprakelijkheid uit de artikelen 173, 174 lid 1 en 179.’

Ter toelichting geldt dat lid 3 van het huidige art. 6:181 voor gevallen van terbeschikkingstelling van de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen als overbodig kan worden geschrapt, nu het door lid 3 van art. 6:181 beoogde resultaat al wordt bereikt met lid 1 en 2 van art. 6:175. Ook lid 2 van art. 6:181 betreffende de terbeschikkingstelling van de in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaken, kan worden gemist. Hier volgt de door deze bepaling beoogde uitkomst al uit lid 1 van art. 6:181.



Voorts zou afscheid genomen kunnen worden van de voor opstallen geldende tenzij-clausule in lid 1 van art. 6:181, nu het daardoor beoogde resultaat al ligt besloten in het gebruiksbegrip uit de hoofdregel van art. 6:181 lid 1.<sup>1</sup> Tevens kunnen de nu nog afzonderlijk in lid 1 van art. 6:181 genoemde roerende zaken en opstallen uit art. 6:173 en 174 onder één noemer, namelijk die van ‘zaken’, worden gebracht. Hiernaast kan uit lid 1 van art. 6:181 de toevoeging ‘lid 1’ worden geschrapt, waar wordt verwezen naar de aansprakelijkheid uit art. 6:173. Wanneer wordt aangenomen dat het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 lid 1 – náást het gebruiks- en bedrijfsbegrip van art. 6:181 lid 1 – geen zelfstandige betekenis toekomt, kan uit lid 1 van art. 6:181 eveneens de zinsnede ‘in de uitoefening van’ worden geschrapt. Voorts is de aansprakelijkheid van de erfpachter van art. 6:174 lid 2, eerste zin te verplaatsen naar art. 6:174 lid 1 als ‘nieuwe’ laatste zin aldaar. Dit verdient aanbeveling omdat de erfpachter minder op zijn plaats is in art. 6:174 lid 2: hij staat niet op één lijn met de overige in lid 2 van art. 6:174 genoemde aansprakelijke personen (beheerders van openbare wegen, waterstaatswerken, leidingen en kabels), maar is van dezelfde orde als de bezitter van de opstal die reeds een plek in art. 6:174 lid 1 heeft. Als gevolg van de verplaatsing van de erfpachter naar art. 6:174 lid 1, kan in art. 6:181 lid 1 worden volstaan met het noemen van de aansprakelijkheid van art. 6:174 lid 1 en behoeft daarin lid 2, eerste zin van art. 6:174 (voorheen de erfpachter) niet meer genoemd te worden. En nu de term ‘bedrijf’ (en overigens ook ‘beroep of bedrijf’ van het te schrappen lid 3 van art. 6:181) in art. 6:181 lid 1 (en ook in het te schrappen lid 2) geen adequate aanduiding is van de aansprakelijke persoon, kan deze term worden vervangen door ‘de professional’. Al met al komen opgesomd de volgende aanpassingen van het huidige art. 6:181 in beeld:

- lid 2 en 3 geheel schrappen;
- in lid 1 de voor opstallen geldende tenzij-clausule schrappen;
- in lid 1 roerende zaken en opstallen gezamenlijk aanduiden als ‘zaken’;
- in lid 1 de toevoeging ‘lid 1’ met betrekking tot art. 6:173 schrappen;
- in lid 1 de zinsnede ‘in de uitoefening van’ schrappen;
- in lid 1 de term ‘bedrijf’ vervangen door ‘de professional’.

### 3. Variant II

Het navolgende wijzigingsvoorstel is ingrijpender dan ‘variant I’ als voornoemd. Gezien de uitkomsten van mijn onderzoek komt namelijk niet alleen art. 6:181 zelf voor wijziging in aanmerking, maar ook de opbouw/structuur van het stelsel dat de art. 6:173, 174, 179 en 181 als geheel vormen. De belangrijkste wijziging hierin houdt verband met het feit dat in de doctrine en rechtspraak de bezitter structureel als centrale figuur wordt gezien en de bedrijfsmatige gebruiker als uitzondering daarop, terwijl in mijn ogen – juist andersom – art. 6:181 als ‘vooropstaande’ aansprakelijkheid heeft gelden en de bezittersaansprakelijkheid uit art. 6:173, 174 en 179 dienst doet als ‘vangnet’. De aangepaste opzet in afd. 6.3.2 BW zou er zodoende als volgt uit kunnen zien:

---

<sup>1</sup> Hoewel strikt genomen niet nodig, zou ik me kunnen voorstellen dat het wenselijk wordt geacht deze tenzij-clausule te behouden om het daardoor bewerkstelligde effect op de bewijslastverdeling zeker te stellen. Zie ook par. 7.6.5.3.

Art. 6:173 (aangepast):

‘De professionele gebruiker van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen (...) is (...) aansprakelijk, tenzij (...)’

Art. 6:174 (aangepast):

‘De professionele gebruiker van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (...) is (...) aansprakelijk, tenzij (...)’

Art. 6:179 (aangepast):

‘De professionele gebruiker van een dier is aansprakelijk voor de door het dier aangerichte schade, tenzij (...)’

Art. 6:181 (aangepast):

‘Is van professioneel gebruik in de zin van de art. 6:173, 174 en 179 geen sprake, dan rust de aansprakelijkheid uit de art. 6:173, 174 lid 1 en 179 op de bezitter.’

In deze redactie wijzen de art. 6:173, 174 en 179 niet langer de bezitter maar de professionele gebruiker als aansprakelijke aan, en wordt als zodanig in art. 6:181 niet de professionele gebruiker aangewezen maar de bezitter. Zodoende is niet alleen duidelijk(er) dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’ staat, maar bevinden ook de persoon van de bedrijfsmatige gebruiker en de desbetreffende aansprakelijkheidsgronden (zoals de ‘gebrekigheid’ en ‘eigen energie’) zich in dezelfde artikelen.<sup>2</sup> De voorgestelde opzet past bovendien beter in afd. 6.3.2 BW als geheel dan de huidige opzet: ook de *overige* aansprakelijkheden voor personen en zaken stellen – behoudens art. 6:169 – de aansprakelijkheid van de ‘professional’ voorop (of kennen alleen een aansprakelijkheid van de ‘professional’). Bovendien pleit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:170, de ‘tegenhanger’ van art. 6:181, voor de door mij voorgestelde wijziging. Aanvankelijk werd de aansprakelijkheid voor ondergeschikten geregeld in art. 6.3.8 O.M. en 6.3.9 O.M: het eerste artikel kende een qua functioneel verband met de opgedragen werkzaamheden strikte aansprakelijkheid voor opdrachtgevers *in algemene zin*, waarop het laatste artikel met een ruimere aansprakelijkheid een ‘uitzondering’ maakte voor ondergeschikten van *een onderneming en de overheid*. De toelichting vermeldde: ‘in de praktijk omvat deze uitzondering de grote meerderheid van de gevallen’ van door ondergeschikten aan derden veroorzaakte schade.<sup>3</sup> Nadien werden art. 6.3.8 en 6.3.9 O.M. samengevoegd tot één artikel, art. 6.3.2.2 G.O, het huidige art. 6:170. Hierbij werd het systeem van de twee

2 Vgl. in dit verband ook par. 4.6.1, waar uiteen is gezet dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker in de *huidige* redactie van afd. 6.3.2 BW niet te gronden is op art. 6:181 alléén, maar telkens berust op een combinatie met (de aansprakelijkheidsgronden van) art. 6:173, 174 en 179.

3 Parl. gesch. Boek 6, p. 715.

aanvankelijke ontwerp-artikelen omgedraaid: de ruime aansprakelijkheid van art. 6:3.9 O.M is de hoofdregel geworden voor de professionele sfeer (art. 6:170 lid 1), en het enger geformuleerde art. 6:3.8 O.M. is als bijzondere regel gehandhaafd voor de particuliere sfeer (art. 6:170 lid 2). Bezien we nu de aansprakelijkheid voor hulpzaken, dan volgt uit de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis dat weliswaar ‘bij wijze van hoofdregel’ de aansprakelijkheid op de bezitter ex art. 6:173, 174, 179 wordt gelegd maar dat die voor het ‘in de praktijk belangrijkste geval’ ingevolge art. 6:181 rust op de bedrijfsmatige gebruiker.<sup>4</sup> Waarom in afd. 6:3.2 BW de aansprakelijkheid voor hulpzaken van de ‘professional’ dan niet ook als ‘hoofdregel’ redigeren en die van de (particuliere) bezitter als ‘uitzondering’?

#### 4. Overige wijzigingen binnen afd. 6.3.2 BW

Aanpassing van afd. 6.3.2 BW is mijns inziens ook geïndiceerd met betrekking tot de ‘bijzondere’ personen die als plaatsvervangers van de bezitter hebben te gelden.<sup>5</sup> In afd. 6.3.2 BW is niet eenvormig tot uitdrukking gebracht dat art. 6:181, net als jegens de bezitter, óók ten opzichte van deze personen exclusieve werking heeft. Zo wordt de erfpachter uit art. 6:174 lid 2, eerste zin, afzonderlijk genoemd in art. 6:181 lid 1, geldt voor de ouder/voogd in art. 6:183 lid 2 een eigen tenzij-clausule die naar art. 6:181 verwijst, terwijl voor de medebezitter uit art. 6:180 lid 1 en verkrijger onder opschortende voorwaarde uit art. 6:180 lid 2 én geen vermelding in art. 6:181 lid 1 zelf én geen eigen verwijzing naar art. 6:181 geldt. Nu voor al deze ‘plaatvervangers’ van de bezitter geldt dat (ook) aan hun aansprakelijkheid als ‘vangnet’ pas wordt toegekomen wanneer een bedrijfsmatige gebruiker in de zin van art. 6:181 ontbreekt, kan de voor de ouder/voogd geldende tenzij-clausule in art. 6:183 lid 2 als overbodig komen te vervallen, evenals de overbodige verwijzing naar de erfpachter (art. 6:174 lid 2, tweede zin) in art. 6:181 lid 1. De zonder verdere ‘franje’ vormgegeven redactie van de aansprakelijkheid van de in art. 6:180 genoemde medebezitter (lid 1) en verkrijger onder opschortende voorwaarde (lid 2) komt wel zuiver voor. Ik merk nog op dat door mij al is voorgesteld de erfpachter te schrappen uit art. 6:174 lid 2 en onder te brengen in art. 6:174 lid 1 (zie ‘variant I’). Nu deze laatste aansprakelijkheid (waaronder dan niet alleen die van de bezitter maar ook die van diens ‘vervanger’ de erfpachter) wordt genoemd in art. 6:181 lid 1 zelf, is iedere twijfel omtrent de exclusieve werking van art. 6:181 ten opzichte van óók de erfpachter van een opstal weggenomen.

Ten slotte meen ik, hoewel geen uitvloeisel van mijn onderzoek, dat de dieren geschrapt kunnen worden uit lid 3 van art. 6:173. Sinds de invoering in 2013 van art. 3:2a – dieren zijn geen zaken –<sup>6</sup> vallen de dieren niet (meer) onder de in art. 6:173 bedoelde ‘roerende zaken’. Nog eens een afzonderlijke uitsluiting in lid 3 van art. 6:173 is niet langer nodig.

4 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 6.

5 Zie ook par. 3.5.2.

6 *Kamerstukken* nr. 31389, i.h.b. *Kamerstukken II* 2009/10, 31389, 68.

## Samenvatting

Dit proefschrift is gewijd aan de in art. 6:181 geregelde kwalitatieve aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker. Het betreft een op 1 januari 1992 ingevoerde buitencontractuele aansprakelijkheid voor roerende zaken (art. 6:173), opstallen (art. 6:174) en dieren (art. 6:179), waaraan per 1 februari 1995 nog een regeling van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175) is toegevoegd. Wanneer de voornoemde ‘bronnen van verhoogd gevaar’ schade toebrengen aan personen of zaken, dient volgens de wetgever voor benadeelden steeds vlot duidelijk te zijn op wie zij hun aanspraak tot schadevergoeding kunnen richten. Tegelijkertijd moet het volgens de wetgever voor (potentieel) aansprakelijken overzichtelijk zijn welke aansprakelijkheidsrisico’s zij lopen, zodat zij deze kunnen (in)calculeren en – desgewenst – verzekeren. Dit tweeledige doel blijkt binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 175, 179 en 181 echter niet te zijn bereikt: nog altijd is vaak niet duidelijk wie het aansprakelijkheidsrisico loopt en bij wie benadeelden voor schadevergoeding terecht kunnen. Het is art. 6:181 dat bij de beantwoording van deze belangrijke ‘wie-vraag’ een essentiële rol vervult.

Art. 6:173 lid 1, 174 lid 1 en 179 bepalen dat wanneer een roerende zaak, opstal of dier schade veroorzaakt, de aansprakelijkheid daarvoor rust op de bezitter van deze ‘gevaarsobjecten’. Worden zij *‘gebruikt in de uitoefening van een bedrijf’*, dan rust de aansprakelijkheid op degene die dit bedrijf uitoefent, zo stelt art. 6:181 lid 1. Lid 2 van art. 6:181 geeft nog een regeling voor de situatie van meerdere bedrijfsmatige gebruikers van de in art. 6:173, 174, 179 bedoelde zaken en dieren: worden zij in de uitoefening van een bedrijf gebruikt *‘door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander’*, dan is *‘die ander’* de uit hoofde van art. 6:181 lid 1 aansprakelijke. Art. 6:181 lid 3 zoekt hierbij aansluiting, door voor de in art. 6:175 bedoelde gevaarlijke stoffen een vergelijkbare regeling te geven.

Deze studie ziet op i) de achtergrond en strekking van art. 6:181, ii) de wets-systematische plaats die art. 6:181 in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inneemt en iii) de reikwijdte en toepassing van art. 6:181. De beantwoording van deze vragen is uitgewerkt in een negental hoofdstukken.

*Hoofdstuk 1* bevat een (nadere) introductie van het onderwerp van deze studie en een schets van de opzet van het onderzoek. In het kader van dit onderzoek duid ik aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.2 BW aan als kwalitatieve aansprakelijkheid en aansprakelijkheid op grond van afd. 6.3.1 BW als foutaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid op grond van de laatstgenoemde afdeling is namelijk

steeds gefundeerd op een *eigen* 'fout' (toerekenbare onrechtmatige daad) van de aansprakelijke persoon. Afd. 6.3.2 BW koppelt de aansprakelijkheid niet aan een eigen 'fout' van de aansprakelijke persoon, maar wijst steeds iemand als aansprakelijke aan die vanwege zijn *kwaliteit* c.q. hoedanigheid in een bijzondere relatie staat tot de schadeveroorzakende persoon of zaak.

In *hoofdstuk 2* is art. 6:181 vanuit een historisch perspectief beschouwd. Duide-lijk werd dat het OBW (1838-1992) maar weinig kwalitatieve aansprakelijkheid kende: ook wanneer iemand aansprakelijk werd geacht voor schade veroorzaakt door andermans gedrag of een zaak, werd veelal – op al dan niet gekunstelde wijze – vastgehouden aan aansprakelijkheid gebaseerd op een eigen 'fout'. Een voorloper van art. 6:181 kende het OBW niet. Als gevolg van de Industriële Revolutie in het midden van de 19<sup>e</sup> eeuw werd de samenleving complexer en gevaarlijker. Door 'bedrijfsmatig' gecreëerde risico's nam het aantal ongevallen toe. Vanuit de gedachte van slachtofferbescherming ontstond steeds meer behoefte aan vormen van aansprakelijkheid waarbij het traditionele 'fout-vereiste' werd losgelaten. Dit leidde tot de invoering van een aantal 'bijzondere' aansprakelijkheden voor 'gevaarlijke voorwerpen'. Inmiddels kenmerkt de huidige afd. 6.3.2 BW zich door een ruim palet aan kwalitatieve aansprakelijkheden. Art. 6:181 zelf werd, vergezeld van een summier toelichting, pas laat in het wetgevingsproces van het (toen) NBW geïntroduceerd. Op het moment dat art. 6:181 in 1992 tot wet werd verheven, was deze aansprakelijkheid vanuit wetstechnisch oogpunt nog bepaald niet voldragen.

Om meer grip op de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker te krijgen, voorzien de hoofdstukken 3 t/m 5 in een wetssystematische plaatsbepaling van art. 6:181.

In *hoofdstuk 3* is vooral onderzocht hoe de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker zich verhoudt tot die van de bezitter. Gebleken is dat binnen het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 een gelijktijdige aansprakelijkheid voor dezelfde schade van de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is uitgesloten (*cumulatie*). De benadeelde kan tussen beiden evenmin een keuze naar eigen inzicht maken (*alternativiteit*). Art. 6:181 heeft *exclusieve werking* ten opzichte van de bezitters-aansprakelijkheden uit art. 6:173, 174 en 179. De leden 2 en 3 van art. 6:181, die betrekking hebben op situaties van meerdere bedrijfsmatige gebruikers van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren, hebben eveneens exclusieve werking: de aansprakelijkheid rust steeds alleen op de 'eindgebruiker'. Art. 6:181 heeft evenwel *geen* exclusieve werking ten opzichte van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162) en overeenkomst (art. 6:74). In dit hoofdstuk is ook aandacht besteed aan de verhouding tussen art. 6:181 en de door mij wel als 'bijzondere' personen aangeduide figuren die eveneens kwalitatief aansprakelijk kunnen zijn voor de door art. 6:173, 174, 175 en 179 bestreken zaken, stoffen en dieren, waaronder de weg-, leiding- en kabel-beheerder en de producent uit afd. 6.3.3 BW.

In *hoofdstuk 4* is onderzoek gedaan naar de hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker. In de rechtspraak en literatuur wordt de bezitter veelal als centrale figuur gezien, terwijl art. 6:181 wordt geacht op het beginsel of uitgangspunt van de bezittersaansprakelijkheid een uitzondering te maken. Mijn analyse van art. 6:181 toont een ander beeld: in het stelsel van art. 6:173, 174, 179 en 181 staat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ‘voorop’, terwijl de bezitter fungeert als ‘vangnet’ bij gebreke van een dergelijke gebruiker. Niet de bezitter, maar de bedrijfsmatige gebruiker vormt derhalve het primaat. De door mij verdedigde hiërarchie tussen de bedrijfsmatige gebruiker en bezitter heeft een aantal gevolgen voor de rechtspraktijk. Zo kan in geval van toepasselijkheid van art. 6:181 de vraag naar het ‘achterliggende’ bezit blijven rusten, komt art. 6:181 een ruime uitleg toe en ligt bij twijfel over een aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker óf bezitter de toepassing van art. 6:181 voor de hand. De door mij verdedigde hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker is eveneens van invloed op de geldende stelplicht en bewijslast voor wat betreft de kwalitatief aansprakelijke persoon.

In *hoofdstuk 5* is getracht meer grip op de in art. 6:181 geregelde aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van zaken, stoffen en dieren (‘hulpzaken’) te krijgen langs de band van de ‘gelijksoortige’ aansprakelijkheden voor hulp-persoon van art. 6:170 (ondergeschikten) en 171 (zelfstandige hulppersonen). Art. 6:170 kent een ruime uitleg aan de hand van ‘zeggenschap’, terwijl art. 6:171 een restrictieve toepassing kent op basis van ‘eenheid’. Naar voren is gekomen dat vooral art. 6:170, en *niet* art. 6:171, als inspiratiebron kan worden gebruikt voor de toepassing van art. 6:181. Verdedigd is zodoende dat art. 6:181, geïnspireerd op art. 6:170, een ruime uitleg toekomt waarbij ‘zeggenschap’ een voornamelijk rol vervult in de toepassing.

Aan de hand van de vanuit de hoofdstukken 2 t/m 5 verkregen inzichten, is in de hoofdstukken 6 t/m 8 het materiële toepassingsbereik van art. 6:181 onderzocht.

In *hoofdstuk 6* is geconcludeerd dat onder het bedrijfsbegrip van art. 6:181 iedere *professionele* gebruiker van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren kan worden begrepen. Alleen de particuliere c.q. privésfeer blijft buiten de aansprakelijkheid van art. 6:181. Onder ‘bedrijf’ in de zin van art. 6:181 vallen zodoende niet enkel ‘typische’ of ‘traditionele’ bedrijven, maar tevens het (vrije) beroep en de (klassieke) overheid, alsook andersoortige organisaties zoals ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, stichtingen, verenigingen en kerkgenootschappen die zich in het kader van hun activiteiten bedienen van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren.

*Hoofdstuk 7* behandelt het gebruiksbegrip van art. 6:181. Verdedigd is dat dit begrip wordt ingevuld met zeggenschap: ‘gebruiker’ van de in art. 6:173, 174, 175 en 179 bedoelde zaken, stoffen en dieren is degene met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen. De uitwerking hiervan leidt tot verschillende uitkomsten bij de te onderscheiden kwalitatieve aansprakelijkheden. Zo is voor ‘gebruik’ van een roerende zaak (art. 6:173) in beginsel een *feitelijk handelen met* die zaak vereist, terwijl voor ‘gebruik’ van een gevaarlijke stof (art. 6:175) of dier (art. 6:179) het enkele *onder zich houden/* bewaren daarvan al voldoende kan zijn. Is de bemoeienis met de roerende zaak, stof of het dier ‘vluchtig’, dan kan de toepassing van art. 6:181 onder druk komen te staan. Als ‘gebruiker’ van een opstal (art. 6:174) heeft alleen degene te gelden van wie kan worden gezegd dat de (schade door de) gebrekkigheid van de opstal in voldoende verband staat met zijn bedrijfsuitoefening. In de praktijk zal regelmatig sprake zijn van een ‘eigen’ – in de zin van losstaand van de bedrijfsuitoefening – gebrek aan de opstal, waarvoor de eigenaar/bezitter van de opstal aansprakelijk behoort te zijn. Deze gedachtegang komt ook tot uitdrukking in de voor opstallen in art. 6:181 lid 1 opgenomen tenzij-clausule, die naar mijn idee zelfstandige betekenis mist: het beoogde resultaat wordt al bereikt aan de hand van het gebruiksbegrip van art. 6:181 lid 1. Zelfstandige betekenis missen ook de door art. 6:181 lid 2 en 3 bestreken gevallen van meerdere gebruikers: het door art. 6:181 lid 2 en 3 beoogde resultaat – aansprakelijk is alleen de ‘eindgebruiker’ – wordt al bereikt door respectievelijk art. 6:181 lid 1 (roerende zaken, opstallen en dieren) en art. 6:175 lid 1 en 2 (gevaarlijke stoffen). Via het gebruiksbegrip van art. 6:181 lid 1 laten zich ook de gevallen van het gebruik van zaken en dieren in concernverband oplossen. Evenzo gevallen van schade door zaken en dieren toebehorend aan ingeschakelde *zelfstandige* hulppersonen.

*Hoofdstuk 8* handelt over het functioneel verband-vereiste (‘in de uitoefening van’) van art. 6:181. Geconcludeerd is dat dit vereiste nauwelijks praktische betekenis heeft. Door haar ruime uitleg zal het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 in de praktijk maar zelden een punt van discussie opleveren, terwijl een vergelijkbare afbakening van de aansprakelijkheid in beginsel al ligt besloten in het gebruiks- en bedrijfsbegrip van art. 6:181. Het functioneel verband-vereiste van art. 6:181 zou niettemin in bepaalde grensgevallen een verhelderende rol kunnen vervullen. Vindt de afbakening (toch) plaats langs de band van het functioneel verband-vereiste dan kan die toetsing, voor zover passend bij art. 6:181, plaatsvinden aan de hand van aan het functioneel verband van art. 6:170 te ontlenuen gezichtspunten.

In *hoofdstuk 9* zijn de belangrijkste bevindingen van deze studie nog eens de revue gepasseerd. Daarbij is geconcludeerd dat de drie te onderscheiden kernbegrippen van art. 6:181 ('gebruik', 'bedrijf' en 'in de uitoefening van') nauw met elkaar samenhangen en ook overlap kunnen vertonen. Voor de praktische toepassing van art. 6:181 gaat het uiteindelijk steeds om de 'totaaltoets': of van een in art. 6:173, 174 en 179 bedoelde zaak kan worden gezegd dat deze wordt *'gebruikt in de uitoefening van een bedrijf'*. De door mij verdedigde uitleg van art. 6:181 zal in de rechtspraak mogelijk worden ervaren als een verschuiving van bepaalde aansprakelijkheidsrisico's: waar een aansprakelijkstelling op kwalitatieve grondslag voorheen in bepaalde gevallen geen kans van slagen werd toegedicht, is dit uitgaande van de door mij voorgestane toepassing van art. 6:181 wel het geval en vice versa. Bijzondere aandacht verdienen ook de stelplicht en bewijslast die voortvloeien uit de door mij verdedigde plaats die art. 6:181 binnen afd. 6.3.2 BW inneemt.

De uitkomsten van mijn onderzoek maken een wetswijziging niet per se noodzakelijk. Wel zou een aantal wijzigingen van de relevante wetteksten in afd. 6.3.2 BW leiden tot meer verheldering bij de toepassing van de verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken, stoffen en dieren. Een concrete voorzet daartoe heb ik gegeven in de bijlage achter hoofdstuk 9 ('Voorstel tot wijziging van de art. 6:173, 174, 179 en 181').





## Summary

This PhD thesis deals with the strict liability of the person who uses certain things or animals in the course of a business under Art. 6:181 of the Dutch civil code (BW). Art. 6:181 BW is linked to the non-contractual liability for movable things under Art. 6:173 BW, constructed immovable things under Art. 6:174 BW, and animals under Art. 6:179 BW. These provisions were introduced on 1 January 1992. On 1 February 1995, the legislator added the liability for dangerous substances in terms of Art. 6:175 BW. Whenever these sources of an elevated risk of sustaining damage inflict damage upon persons or things, it is the legislator's goal to clarify against whom the aggrieved party can bring an action for damages. At the same time, it needs to be clear to persons who are or might become liable under what circumstances they will be liable. This clarity enables them to take account of the liability and, if they so desire, take out insurance for it. This two-fold goal, however, has not been achieved within the system of Art. 6:173, 174, 175, 179 and 181 BW. All too often it is still unclear who would be liable and whom aggrieved parties can approach for damages. Art. 6:181 BW plays an essential role in answering this question of who is liable.

Art. 6:173(1), 174(1) and 179 BW hold the possessor of the movable thing, the constructed immovable thing, or animal liable for the damage caused by these sources of the risk of damage. If they are "used in the course of a business", however, the operator of this business will be liable according to Art. 6:181(1) BW. Art. 6:181(2) BW adds a provision addressing the situation where there is more than one user of those things or animals in the course of a business: if they are "used in the course of a business by placing them at the disposal of another person in order to be used in the course of this other person's business", then the liability under Art. 6:181(1) BW will attach to "this other person". Art. 6:181(3) BW provides a similar rule with respect to the liability for dangerous substances under Art. 6:175 BW.

This study investigates (i) the background and goal of Art. 6:181 BW, (ii) the position of Art. 6:181 BW in the system of provisions on non-contractual liability, and (iii) the scope of applicability and the application of Art. 6:181 BW. Nine Chapters are dedicated to the answers to these questions.

*Chapter 1* contains a detailed introduction of the topic of this study and sketches the structure of this research. In this study, I refer to the liability on the basis of Section 6.3.2 BW as strict liability (*kwalitatieve aansprakelijkheid*) and to the

liability on the basis of Section 6.3.1 BW as fault liability. Liability on the basis of the latter Section is always based upon an attributable unlawful act committed by the liable person. Under Section 6.3.2 BW the liability is not contingent upon the liable person's own unlawful act. This Section lays a link between the source of the damage and a person who is in a special relationship with that source due to a certain capacity.

*Chapter 2* discusses Art. 6:181 BW from a historical perspective. The old Dutch civil code (1838-1992) did not foresee many cases of strict liability: even if somebody was liable for the damage caused by somebody else or a thing, the liability was quite often held to be triggered by an attributable unlawful act of the liable person (sometimes on the basis of far-fetched arguments). Art. 6:181 BW does not have a predecessor in the old civil code. As a result of the Industrial Revolution in the middle of the 19th century, society became more complex and more dangerous. The number of risks created in the course of a business rose, leading to more accidents. There was an increasing need to abandon the traditional requirement of an attributable unlawful act in order to protect the victims of such accidents. This resulted in the introduction of a number of provisions providing for the 'special' liability for 'dangerous things'. Today, Section 6.3.2 BW is characterised by a diversity of bases for strict liability. Art. 6:181 BW, together with a short explanatory memorandum, was only introduced very late in the parliamentary process on the then new civil code. When Art. 6:181 BW took effect in 1992, this liability had not been sufficiently thought through from a legal-technical perspective.

To enable a deeper understanding of the liability of the user of things and animals in the course of a business, Chapters 3 to 5 determine the position of Art. 6:181 BW in the statutory system.

*Chapter 3* mainly investigates the relationship between the liability of the operator of a business on the basis of Art. 6:181 BW and the liability of the possessor. The conclusion is that the system of Art. 6:173, 174, 179 and 181 BW precludes that the possessor and the operator of a business are liable at the same time (*cumulatie*). However, the aggrieved party may not freely choose whom to sue for damages (*alternativiteit*). Art. 6:181 BW has an effect of exclusivity with respect to the liability of the possessor on the basis of Art. 6:173, 174 and 179 BW. Art. 6:181(2) and (3) BW, which address the situation where the thing or animal is used by more than one operator of a business, also have an effect of exclusivity: only the end user is liable. However, liability on the basis of Art. 6:181 BW does not preclude fault liability on the basis of Art. 6:162 BW or contractual liability in terms of Art. 6:74 BW. This Chapter also deals with the relationship between Art. 6:181 BW and persons whom I refer to as 'special', who can also be liable for damage caused by things and animals referred to in Art. 6:173, 174, 175, and 179 BW, for example operators of roads, cables, and pipelines, as well as the producer in terms of Section 6.3.3 BW.

*Chapter 4* presents the research on the hierarchy between the possessor and the person who uses a thing or animal in the course of a business. The judiciary and scholars often view the possessor as the central figure and Art. 6:181 BW as an exception to the possessor's liability, which is the point of departure. My analysis of Art. 6:181 BW comes to a different conclusion: in the statutory system the liability of the user in the course of a business is more important, while the possessor will only be held liable where there is no such user. This hierarchy between the user in the course of a business and the possessor, which I advocate in this thesis, has some important implications for liability law in practice. If Art. 6:181 BW is applicable, it no longer needs to be determined who the possessor is, Art. 6:181 BW can be interpreted broadly, and in case of doubt the application of Art. 6:181 BW is given priority if there is also a possessor. This hierarchy also affects the question of who has to establish facts and bears the burden of proof in court proceedings with respect to the liable person.

*Chapter 5* investigates more closely the liability for damage caused by things and animals facilitating the business operations under Art. 6:181 BW. The vicarious liability for persons assisting in the business operations under Art. 6:170 (subordinates) and 171 BW (independent contractors) is used as a source of inspiration. Art. 6:170 BW is generally construed widely on the basis of the criterion of "control", while Art. 6:171 BW is construed rather narrowly because of the criterion of "unity". The result of the analysis is that Art. 6:170 BW, but not Art. 6:171 BW, can be used as a source of inspiration for the application of Art. 6:181 BW. It is submitted that Art. 6:181 BW, enriched by Art. 6:170 BW, should be construed widely with "control" playing a major role in the application.

On the basis of the insights gained in the Chapters 2 to 5, Chapters 6 to 8 investigate the scope of applicability of Art. 6:181 BW.

*Chapter 6* concludes that "business" in terms of Art. 6:181 BW must be construed so widely as to include any *professional* user of the things, substances and animals referred to in Art. 6:173, 174, 175 and 179 BW. Only the private sphere remains outside the scope of Art. 6:181 BW. Not only 'traditional' businesses, but also the professions, governmental organisations, and organisations of other kinds, such as hospitals, schools, universities, foundations, associations, and churches, fall under the term 'business' if they use the things, substances or animals referred to in Art. 6:173, 174, 175 and 179 in the course of their operations.

*Chapter 7* deals with 'use' in terms of Art. 6:181 BW. It is submitted that the interpretation of this term should be based upon the criterion of control: 'user' of the things, substances and animals referred to in Art. 6:173, 174, 175 and 179 BW is the person who has (the greatest extent of) control of the element that causes the damage from which the strict liability is intended to protect other people. The application of this criterion leads to different outcomes, depending upon the basis of strict liability. The 'use' of a movable thing in terms of Art. 6:173 BW requires

physical actions involving the movable thing, while for the ‘use’ of a dangerous substance (Art. 6:175 BW) or animal (Art. 6:179 BW) it may be sufficient to hold it. If there is only minimal use of the movable thing, dangerous substance, or animal, the application of Art. 6:181 BW may not be appropriate. The ‘user’ of a constructed immovable thing in terms of Art. 6:174 BW is only the person whose business operations have a sufficient link with (the damage caused by) the deficiency of the constructed immovable thing. In practice, the defect of the constructed immovable thing will most likely not be related to the business operation, which means that the owner/possessor should be liable. The “unless”-clause included in Art. 6:181(1) BW reflects this reasoning. In my opinion, this clause does not have any additional value because the desired outcome can be achieved through the application of the term ‘use’ under Art. 6:181(1). Art. 6:181(2) and (3) BW do not have any additional value either because Art. 6:181(1) BW (with regard to things and animals) and Art. 6:175 BW (with respect to dangerous substances) already provide for the desired outcome. The term ‘use’ in terms of Art. 6:181(1) BW may also help to solve cases where things or animals are used by different companies of a group and cases where things or animals used by independent contractors assisting in the business operations inflict damage.

*Chapter 8* discusses the requirement of a functional link between the business operations and the sustained damage. The conclusion is that this requirement barely has practical importance. This requirement will very seldom be subject of discussions due to its broad interpretation and because the criteria of ‘use’ and ‘business’ already take into account considerations that would otherwise fall under this requirement. However, this requirement may clarify the application of Art. 6:181 BW in certain borderline cases. Should the application of Art. 6:181 BW depend upon the interpretation of this requirement, its interpretation should be based upon the equivalent requirement in Art. 6:170 BW.

*Chapter 9* summarises and reflects on the most important insights in this study. The conclusion is that the three criteria used to establish strict liability under Art. 6:181 BW (‘use’, ‘business’, and ‘in the course of’) are closely linked and may overlap. The practical application of Art. 6:181 BW consists in the “total test” of whether the things or animals referred to in Art. 6:173, 174 and 179 were “used in the course of a business”. Practitioners may view the interpretation of Art. 6:181 BW advocated in this study as reallocating certain risks of liability. Where there did not seem to be a basis for strict liability, my interpretation may entail that there is such a basis, and vice versa. Special attention should be given to the implications of the position of Art. 6:181 BW within Section 6.3.2 BW, as advocated in this study, for the question of who needs to establish and prove facts in court proceedings.

The results of my research do not necessarily necessitate amendments to the civil code as it is. A number of changes of the relevant provisions in Section 6.3.2 BW would arguably clarify and facilitate the application of the different bases for strict liability for things, substances and animals. The appendix behind Chapter 9 contains the draft of an amendment (*Voorstel tot wijziging van de art. 6:173, 174, 179 en 181*).

## Aangehaalde literatuur

- Asser/Hartkamp 4-III 1990  
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Asser/Hartkamp 4-III 2006  
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011  
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015  
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.
- Asser/Hijma 7-I\* 2013  
J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I\*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Procesrecht/Asser 3 2013  
W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Procesrecht. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Rutten 2-III 1961  
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Verbintenissenrecht. Deel III. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.
- Asser/Rutten 4-III 1983  
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
- Asser/Van Schaick 7-VIII 2018  
A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

- Bakels 2009  
F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop', *WPNR* 6796/6797 (2009), p. 337-346, 359-369.
- Bakker 2017  
P.S. Bakker, Samenloop bij gemengde overeenkomsten, *MvV* 2017, afl. 4, p. 136-142.
- Von Bar en Clive e.a. 2009  
Chr. von Bar en E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, München: Sellier, 2009.
- Bauw 2015  
E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken*, (Mon. BW nr. B47), Deventer: Kluwer 2015.
- Beekhuis 1963  
J.H. Beekhuis, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Onrechtmatige daad (Titel 6.3)', *WPNR* 4791-3 (1963), p. 513-516, 525-527, 537-540.
- Van Boom 2008  
W.H. van Boom, 'Principles of European Tort Law: art. 5:101-102 – Strict Liability', *AV&S* 2008, afl. 1, p. 3-14.
- Booms 2015  
T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', *WPNR* 7075 (2015), p. 757-764.
- Boukema 1992  
C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992.
- Brahn/Reehuis 2015  
W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- Bruins 1906  
G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding*, diss. Leiden, Den Haag: Mouton & Co. 1906.
- Brunner 1984  
C.J.H. Brunner, *Beginselen van Samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984.
- Castermans e.a. 2017  
A.G. Castermans, D. Dankers-Hagenaars en A. Dejean de la Batie, 'Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, abordé sous l'angle du droit comparé', *RIDC* 2017, afl. 1.
- Van Dam 2000  
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, De Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.
- Van Dam 2013  
C.C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.
- Van Dam 2015  
C.C. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht Deel 1. Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

- Derine 1982  
R. Derine, *Schets van het Romeins Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1982.
- Diephuis 1888 (XI)  
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, elfde deel, Groningen: J.B. Wolters 1888.
- Dommering-van Rongen 2000  
L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000.
- Van Doorn 2011  
C.J.M. van Doorn, 'De alternatieve kwalitatieve aansprakelijkheden van art. 6:179 en 6:181 BW', *Bb* 2011/52.
- Van Doorn en Gulijk 2013  
C.J.M. van Doorn en S. Gulijk, 'Het criterium 'werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf' in art. 6:171 BW: zes gezichtspunten uit lagere rechtspraak', *WPNR* 2013 (6975), p. 375-383.
- Van Dunné 2004  
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, deel 2. Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Feenstra 1990  
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1990.
- Feenstra 2002  
R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002.
- Florijn 1995  
E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Berkenwoude: Universitaire Pers Maastricht 1995.
- Van der Grinten 1976  
W.C.L. van der Grinten, 'Boek 6 van het nieuwe BW', *NJB* 1976, p. 1189-1201.
- Haak, *T&C Boek 8 BW*  
K.F. Haak, commentaar op art. 8:1099 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 8 BW*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Haazen 2011  
I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de gezondheidsschade?', *NTBR* 2011, afl. 8, p. 394-407.
- Haazen 2017  
I. Haazen, 'Risicoaansprakelijkheid voor micro-organismen in' de uitoefening van een bedrijf: absoluut gevaar of relatief risico?', *RM Themis* 2017, afl. 2, p. 56-68.
- Harryvan en Oldenhuis 2011  
G.J. Harryvan en F.T. Oldenhuis, 'Eindelijk uitsluitsel over de interpretatie van het functioneel verband in art. 6:181', *NTBR* 2011, afl. 8, p. 422-426.



- Hartlief 1997  
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie RU Leiden, Deventer: Kluwer 1997.
- Hartlief 2002  
T. Hartlief, 'Delfland/De Stoeterij: de beperkte betekenis van art. 6:171 BW', *AA* 2002, afl. 12, p. 886-896.
- Hartlief 2007  
T. Hartlief, 'PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault', *AV&S* 2007/8.
- Hartlief 2011  
T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid in kwaliteit', *NJB* 2011, afl. 20, p. 1313.
- Hartlief 2014  
T. Hartlief, 'Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: terughoudendheid in de Kazernestraat?', in: G.R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op Recht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 177-212.
- Hartlief 2016  
T. Hartlief, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid. Verscheidenheid én eenheid in het aansprakelijkheidsrecht?', in: A.J. Verheij en A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 37-54.
- Hekster 2003  
T.A. Hekster, 'De wijziging van artikel 6:174 BW per 1 januari 2003: nodig of overbodig?', *VR* 2003, afl. 11, p. 351-354.
- Hoekzema 2000  
J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
- Hoekzema 2016  
J.W. Hoekzema, Aansprakelijkheid voor de onbekendheid met het gebrek, in: A.J. Verheij en A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 69-87.
- Van Hoey Smith en Weterings 2010  
A. van Hoey Smith en W.C.T. Weterings, 'Leidingschades en de toepasselijkheid van de tenzij-clausule van art. 6:174 BW bij doorlopende schade', *WPNR* 6830 (2010), p. 115-121.
- Van Hoey Smith en Weterings 2011  
A. van Hoey Smith en W.C.T. Weterings, 'Nogmaals de grenzen van art. 6:174 BW bij leidingschade: de werking van de tenzij-clausule bij doorlopende schade', *WPNR* 6876 (2011), p.183-193.
- Jansen 2007  
K.J.O. Jansen, 'Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid. Over de exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen, mede in het licht van de toezichhoudersproblematiek', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer, p. 165-186.
- Janssen 2007  
J.F.M. Janssen, 'Wanneer is sprake van samenloop?', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-23.

- De Jong en Van der Linden 2017  
E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheid om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017, afl. 1, p. 4-16.
- Keijzer en Oldenhuis 2011  
F.E. Keijzer en F.T. Oldenhuis, 'Aansprakelijkheid dieren, bedrijfsmatige gebruikers en profijt trekken', *TVP* 2011, afl. 3, p. 97-102.
- Keirse 2017  
A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *L&S* 2017, afl. 2, p. 6-9.
- Keirse en Ortlep 2017  
A.L.M. Keirse en R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2017, afl. 1, p. 3-14.
- Klaassen 1991  
C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet*, diss. Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Klaassen 2003  
C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 21-48.
- Knijf 1973  
D. Knijf, *Gebrekkige zaken*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1973.
- Kolder 2010  
A. Kolder, 'Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; functioneel verband binnen artikel 6:181 BW', *NTBR* 2010, afl. 8, p. 295-307.
- Kolder 2016  
A. Kolder, 'Kwalitatieve aansprakelijkheid: afscheid van reflexwerking?', *AV&S* 2016, afl. 4, p. 145-148.
- Kolder 2018  
A. Kolder, 'Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen?', *AV&S* 2018, afl. 1, p. 9-15.
- Kolder en Oldenhuis 2017  
A. Kolder en F.T. Oldenhuis, '25 jaar risicoaansprakelijkheid voor personen en zaken (1992-2017)', *WPNR* 7133 (2017), p. 46-52.
- Kolder en Zwols 2012  
A. Kolder en R.K.R. Zwols, 'De zelfstandige betekenis van lid 4 van art. 7:658 BW', *MvV* 2012, afl. 6, p. 155-164.
- Land 1907 (IV)  
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel IV, Haarlem: de erven F. Bohn 1907.
- Lankhorst, *T&C Boek 6 BW*  
G.H. Lankhorst, commentaar op art. 6:170, 175, 176, 182 en 186 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 6 BW*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

- Van Lennep 1985  
H. van Lennep, *Een onderzoek naar de rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt*, diss. Amsterdam, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1895.
- Lindenbergh 2016  
S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Lokin 1999  
J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Vof. Chimaira 1999.
- Lubach 2005  
R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2005.
- Lubach, 'Onbekend maakt onbemind? De aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen van art. 6:171 BW', *AV&S* 2006, afl. 2, p. 47-51.
- Van Maanen 1984  
G.E. van Maanen, 'Stoomtreinen en aansprakelijkheid. De invloed van het spoorwegwezen op het denken over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de negentiende eeuw', *WPNR* 5742/5743 (1984), p. 389-393, 412-417.
- Van Maanen 1986  
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1986.
- Meijer 2002  
S.Y.Th. Meijer, 'Hoever reikt de risicosfeer van de opdrachtgever? HR 21 december 2001, AD7395, C00/095HR (Delfland/Stoeterij)', *NbBW* 2002, afl. 4, p. 53-55.
- Milo 1997  
J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940*, diss. Maastricht, Antwerpen – Groningen: Intersentia 1997.
- Mohr en Meijers 2013  
A.L. Mohr en V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2013.
- Nieuwenhuis 1983  
J.H. Nieuwenhuis, 'De grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken', *WPNR* 5666 (1983), p. 581-590.
- Oldenhuis 1985  
F.T. Oldenhuis, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van anderen*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1985.
- Oldenhuis 2011  
F.T. Oldenhuis, 'Hoge Raad zet in Wilniszaak rem op te ruime risicoaansprakelijkheid', *NJB* 2011/567, p. 668-672.
- Oldenhuis 2014  
F.T. Oldenhuis, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor personen*, (Mon. BW nr. B46), Deventer: Kluwer 2014.

- Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*  
F.T. Oldenhuis, commentaar op art. 6:170, 173, 174, 179 en 181 BW, in: C.J. J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Oldenhuis en Kolder 2009  
F.T. Oldenhuis en A. Kolder. 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *AV&S* 2009, afl. 1, p. 26-41.
- Oldenhuis en Kolder 2012  
F.T. Oldenhuis en A. Kolder, Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken, *AV&S* 2012, afl. 1, p. 14-34.
- Opzoomer 1879 (VI)  
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek*, zesde deel (art. 1349-1416), Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.
- Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)  
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.
- Parl. gesch. Boek 6  
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
- Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)  
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.
- Parl. gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)  
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.
- Parl. gesch. Voortgang (Inv. 3, 5 en 6)  
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Voortgang*, Deventer: Kluwer 1993.
- Pitlo 1964  
A. Pitlo, *Verdedig Themis*, rede Universiteit van Amsterdam 8 januari 1964, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1964.
- Pitlo 1973  
A. Pitlo, *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1973.
- Pitlo/Cahen 2002  
J.L.P. Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht (Pitlo). Het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 4*, Deventer: Kluwer 2002.
- Rutgers 1998  
G.R. Rutgers, *Bewaarneming*, (Mon. nieuw BW nr. B73), Deventer: Kluwer 1998.

- Rutgers en Krans 2014  
G.R. Rutgers en H.B. Krans, *Bewijs* (serie: Pitlo deel 7), Deventer: Kluwer 2014.
- Schelhaas e.a. 2016  
H.N. Schelhaas, A. J. Verheij en B. Wessels, *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Scholten 1899 (1999)  
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. Amsterdam 1899; herdruk, Amsterdam: Paul Scholten Instituut 1999.
- Schoonbrood-Wessels 1991  
A.P. Schoonbrood Wessels, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, opstallen, dieren en gevaarlijke stoffen in concernverhoudingen. Enkele opmerkingen over art. 6:181 NBW en over misbruik van rechtspersonen', *WPNR* 6026 (1991), p. 791-798.
- Schrage 1998  
E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.
- Schut 1963  
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Schut 1969  
G.H.A. Schut, 'Schuld en risico', *WPNR* 5045 (1969), p. 269-273.
- Schut 1974  
G.H.A. Schut, *Produktaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Schut 1976  
G.H.A. Schut, 'Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken, gevaarlijke stoffen, opstallen en dieren (artikelen 6.3.2.5-10 Gewijzigd Ontwerp Nieuw BW)', *WPNR* 5365 (1976), p. 641-644.
- Sieburgh 2000  
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2000.
- Snijders 1973  
W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W.', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.
- Spier & Sterk 1995  
J. Spier en C.H.W.M. Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer: Kluwer 1995.
- Spier 2014  
J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014, afl. 2, p. 33-38.
- Spier e.a. 2015  
J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenberg en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015.

- Spijkerman 2015  
E.N. Spijkerman, '3D-printen: het nieuwe doe-het-zelfen', *AV&S* 2015, afl. 5, p. 164-169.
- Spruit 2001  
J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
- Sterk 1994  
C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Brabant, Breda: C.H.W.M. Sterk 1994.
- Stolker, *GS Onrechtmatige daad*  
C.J.J.M. Stolker, commentaar op art. 6:185 en 186 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Sütő 2004  
V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, diss. Leiden, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.
- Van Swaaij en Pluymen 2011  
J.H.M. van Swaaij en M.H. Pluymen, 'Risicoaansprakelijkheid voor dieren: wanneer is sprake van bedrijfsmatig gebruik (art. 6:181 BW)?; HR 1 april 2011, NJ 2011, 405 (Kremers/Van de Water)', *MvV* 2011, afl. 11, p. 297-303.
- De Tavernier en Van der Weide 2011  
P.C.J. de Tavernier en J.A. van der Weide, 'Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)', *MvV* 2011, afl. 5, p. 121-137.
- Thoe Schwartzenberg 2013  
H.W.B. Thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Den Haag-Antwerpen: Maklu 2013.
- Tjittes 1995  
R.P.J.L. Tjittes, 'Centralisering van aansprakelijkheden', *NJB* 1995, afl. 8, p. 274-282.
- Tjong-En-Fa 2011  
E.M. Tjong-En-Fa, 'Risicoaansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181 lid 1 BW) en derdenwerking van exonertes', *Bb* 2011/3.
- Vanden Borre 2001  
T. Vanden Borre, 'Kanaliserende in het debat betreffende de verzekeraarbaarheid van een risico', *AV&S* 2001, afl. 6, p. 175-182.
- Valk, *T&C Boek 6 BW*  
W.L. Valk, commentaar op art. 6:236 en 237 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 6 BW*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Vansweevelt en Weyts 2009  
T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009.

- Vranken 1988  
J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting', in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW: Opstellen van de Vakgroep Privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant bij het 150-jarig bestaan van het WvK*, Deventer: Kluwer 1988, p. 245-259.
- Tjong Tjin Tai 2006  
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 2006.
- Tjong Tjin Tai 2011  
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2011, afl. 34, p. 2264-2271.
- Valkhof 1949  
J. Valkhof, *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: N.V. De Arbeiderspers 1949.
- Van Velsen 2010  
F.J. van Velsen, 'Leidingschades en de tenzij-clausule: een dichotomie', *WPNR* 6844 (2010), p. 448-450.
- Verheij 2015  
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad, Monografieën Privaatrecht (4)*, Deventer: Kluwer 2015.
- Visscher en De Mot 2014  
L.T. Visscher en J. de Mot, 'Aansprakelijkheid voor zaken in Nederland en België: een economische analyse', *AV&S* 2014, afl. 5/6, p. 137-148.
- Visser en Vonck 2013  
P.L. Visser en F.J. Vonck, 'De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht', *TvHB* 2013, afl. 2, p. 81-85.
- Völlmar 1952  
H.F.A. Völlmar, *Nederlands Burgerlijk Recht*, derde deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952.
- Wessels 1989  
B. Wessels, *Beroep, bedrijf en onderneming*, oratie VU Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
- Wolfsbergen 1946  
A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

## Aangehaalde rechtspraak

Verwezen wordt naar de (sub)paragraaf, waarin de uitspraak in meest uitgebreide zin wordt behandeld.<sup>1</sup>

### **Hoge Raad**

HR 18 februari 1859, <i>W</i> 2037 ( <i>Recht/Servaas</i> )	2.2
HR 4 maart 1870, <i>W</i> 3191 ( <i>Baron d'Elderen/Staat der Nederlanden</i> )	2.2
HR 15 oktober 1915, <i>NJ</i> 1915/1071; <i>W</i> 9937, m.nt. EMM ( <i>Gemeente Winschoten/Hofsteenge</i> )	2.2, 3.3.2
HR 14 februari 1919, <i>NJ</i> 1919/326, <i>W</i> 10412, m.nt. H.d.J. ( <i>APC/Gemeente Groningen</i> )	3.3.2, 4.3, 7.7.4
HR 29 mei 1925, <i>NJ</i> 1925/750 ( <i>Haarlemmerdijk</i> )	2.2
HR 2 januari 1931, <i>NJ</i> 1931/348, m.nt. EMM ( <i>Klaaswaalse koe</i> )	2.2
HR 6 april 1933, <i>NJ</i> 1933/881 ( <i>Zootjes/Loos</i> )	2.2
HR 4 november 1938, <i>NJ</i> 1939/536 ( <i>Mishandeling door agenten</i> )	8.4
HR 21 juli 1944, <i>NJ</i> 1944/466 ( <i>Rackwitz/Van Driel</i> )	2.2
HR 22 maart 1946, <i>NJ</i> 1946/194 ( <i>Beijnes/Lekx</i> )	2.2, 3.3.2
HR 10 juni 1955, <i>NJ</i> 1955/552, m.nt. LEHR ( <i>Het Noorden/NHL</i> )	2.2
HR 1 februari 1957, <i>NJ</i> 1957/175 ( <i>Verkeersongeval</i> )	8.4
HR 31 mei 1963, <i>NJ</i> 1966/338 ( <i>Ingeschaarde vaars</i> )	2.2, 3.3.2, 4.6.5, 7.3.2
HR 13 juni 1975, <i>NJ</i> 1975/509, m.nt. GJS ( <i>Amercentrale</i> )	2.2
HR 1 juli 1977, <i>NJ</i> 1978/73, m.nt. GJS ( <i>Van Doorn/Van Blokland</i> )	2.2
HR 6 april 1979, <i>NJ</i> 1980/34, m.nt. CJHB ( <i>Kleuterschool Babbel</i> )	5.3.3
HR 7 maart 1980, <i>NJ</i> 1980/353, m.nt. GJS ( <i>Stierkalf</i> )	2.2, 3.3.2, 4.3
HR 2 april 1982, <i>NJ</i> 1983/429, m.nt. Wachter ( <i>NCB/KvK</i> )	6.3.1
HR 8 oktober 1982, <i>NJ</i> 1984/2, m.nt. CJHB ( <i>Buisman/RVS</i> )	3.3.2, 4.3
HR 7 januari 1983, <i>NJ</i> 1984/607, m.nt. CJHB ( <i>Nieuw Rotterdam/Kruk en Goktas</i> )	5.3.1

---

<sup>1</sup> ECLI-nummers zijn alleen vermeld voorzover de betreffende uitspraak op rechtspraak.nl is gepubliceerd (derhalve vanaf 1999).



HR 24 februari 1984, <i>NJ</i> 1984/415, m.nt. Van der Grinten ( <i>Bardoel/Swinkels</i> )	2.2, 3.3.2, 4.3, 6.5.3.4, 7.5.1
HR 29 november 1985, <i>NJ</i> 1987/291, m.nt. CJHB ( <i>Van Amsterdam/Van den Hurk</i> )	3.3.2, 4.3, 7.3.1
HR 20 november 1987, <i>NJ</i> 1988/500, m.nt. Haardt ( <i>Timmer/Deutman</i> )	3.4
HR 13 mei 1988, <i>NJ</i> 1989/896, m.nt. Konijnenbelt ( <i>Staat/A.</i> )	5.3.1
HR 21 oktober 1988, <i>NJ</i> 1989/729, m.nt. CJHB ( <i>Circusezel</i> )	3.6.3
HR 22 november 1989, <i>NJ</i> 1990/674, m.nt. Morzer Bruyns ( <i>Muramatsu/Gemeente Amsterdam</i> )	6.3.2
HR 23 februari 1990, <i>NJ</i> 1990/365 ( <i>Zengerle/Blezer</i> )	8.4.2
HR 19 februari 1993, <i>NJ</i> 1996/318 ( <i>Kube &amp; Kubenz/Freriks</i> )	2.2
HR 24 december 1993, <i>NJ</i> 1994/214 ( <i>Leebeek/Vrumona</i> )	3.5.3.1, 4.6.6.4, 7.6.5.3
HR 3 mei 1996, <i>NJ</i> 1996/642, m.nt. PAS ( <i>Daalimpex/Heeringa</i> )	5.3.1
HR 22 november 1996, <i>NJ</i> 1998/567, m.nt. CJHB ( <i>Bos/Althuisius</i> )	3.6.3
HR 28 november 1997, <i>NJ</i> 1998/168 ( <i>Smits/Royal Nederland</i> )	7.6.4
HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, <i>NJ</i> 2001/300, m.nt. Hijma ( <i>Verhuizende zusjes</i> )	9.5
HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, <i>NJ</i> 2000/700 ( <i>Foekens/Naim</i> )	7.6.5.1, 7.6.5.7, 7.6.5.8
HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, <i>NJ</i> 2001/596, m.nt. Asser ( <i>Unilever/Dikmans</i> )	3.4
HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9048, <i>NJ</i> 2001/198 ( <i>Van Uitert/Lasschuijt</i> )	8.4.1
HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, <i>NJ</i> 2002/54, m.nt. CJHB ( <i>Donkers/Scholten</i> )	3.6.3, 7.8.3
HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5483, <i>NJ</i> 2002/71 ( <i>Quant/Volkshogeschool Bergen</i> )	3.5.1
HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD7395, <i>NJ</i> 2002/75 ( <i>Delfland/Stoeterij</i> )	5.3.2, 5.3.3, 8.3
HR 12 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9124, <i>NJ</i> 2003/138, m.nt. Heerma van Voss ( <i>Heijboer/De Branding</i> )	8.4
HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2679, <i>NJ</i> 2003/718, m.nt. CJHB ( <i>Witmarsumer Merke</i> )	7.6.2
HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, <i>NJ</i> 2003/112, m.nt. Hijma ( <i>Bramer/Colpro</i> )	3.2
HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235, <i>NJ</i> 2005/539 ( <i>City Tax/De Boer</i> )	6.6.4.2
HR 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, <i>NJ</i> 2004/556, m.nt. Hijma ( <i>Bunink/Nieuw Amstelland</i> )	3.6.3, 7.6.4

HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8194, <i>NJ</i> 2003/48, m.nt. Vranken ( <i>AVO/Petri</i> )	3.2
HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0283, <i>JOL</i> 2003/438 ( <i>Dierenambulance</i> )	4.6.2, 7.3, 7.8.3
HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5654, <i>RvdW</i> 2006/25 ( <i>Steijn/Bongers</i> )	4.6.3
HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6934, <i>NJ</i> 2006/244 ( <i>Bildtpollen/Miedema</i> )	9.5
HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, <i>NJ</i> 2006/272 ( <i>Inno Holding/Gemeente Sluis</i> )	3.6.1
HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, <i>NJ</i> 2007/203, m.nt. Mok ( <i>NNEK/Mourik</i> )	3.4
HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6526, <i>NJ</i> 2007/105 ( <i>Feenstra/Haije</i> )	8.4.1
HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6717, <i>NJ</i> 2008/462, m.nt. Heerma van Voss ( <i>Kalai/Petit</i> )	3.4
HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, <i>NJ</i> 2007/621, m.nt. Haak ( <i>Fernhout/Essent</i> )	3.6.1, 3.2
HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557, <i>JA</i> 2008/25 ( <i>Groot Kievitsdal</i> )	5.3.1, 7.5.5, 8.4, 8.4.3
HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423, <i>NJ</i> 2008/93 ( <i>Lagraauw/Van Schie</i> )	5.3.2, 8.2, 8.3
HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, <i>NJ</i> 2008/262 ( <i>Boekema/X c.s.</i> )	2.3
HR 3 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7479, <i>JA</i> 2009/12 ( <i>Bunink/Nieuw Amstelland II</i> )	3.6.3
HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, <i>RvdW</i> 2009/552 ( <i>Rollerskate</i> )	8.4
HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020, <i>NJ</i> 2010/52, m.nt. Mok ( <i>Blomaard/Gemeente Utrecht</i> )	5.3.1, 8.4
HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832, <i>JA</i> 2010/15, m.nt. Ruitenbeek-Bart ( <i>Schulpen Schuim/Zorg en Zekerheid</i> )	4.6.4
HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596, <i>NJ</i> 2010/389 ( <i>Koeman/Sijm Agro</i> )	5.3.2, 5.3.3, 7.7.4.2, 8.3
HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5420, <i>NJ</i> 2010/371 ( <i>Provincie Gelderland/Vitesse</i> )	5.3.3
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, <i>NJ</i> 2011/465, m.nt. Hartlief ( <i>Hangmat</i> )	3.3.3.2, 6.5.3.4, 6.6.4.3
HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9757, <i>NJ</i> 2010/636 ( <i>DB/Edco</i> )	3.3.3.2, 7.6.5.1, 7.6.5.4, 7.6.5.5, 7.6.5.7, 7.6.5.8, 7.6.5.10

HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, <i>NJ</i> 2012/155, m.nt. Hartlief ( <i>Wilnis</i> )	6.5.3.2, 6.5.3.3, 6.5.3.5, 7.5.4
HR 11 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9967, <i>NJ</i> 2012/388, m.nt. Verstappen ( <i>Van Zundert/Kort</i> )	4.4.3, 5.3.3
HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1475, <i>NJ</i> 2011/405, m.nt. Tjong Tjin Tai ( <i>Paard Loretta</i> )	3.3.3.1, 3.3.3.2, 3.6.2, 4.2, 4.5
HR 1 april 2001, ECLI:NL:HR:2011:BP1477, <i>RvdW</i> 2011/470 ( <i>Van de Water/De Gulle Ruij</i> )	3.3.3.1
HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567, <i>NJ</i> 2011/406, m.nt. Tjong Tjin Tai ( <i>Melchemie/Delbanco</i> )	3.6.2
HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, <i>NJ</i> 2011/597, m.nt. Hartlief ( <i>TNT Post/Weijenberg</i> )	4.6.4
HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, <i>NJ</i> 2011/598 ( <i>De Rooyse Wissel/Hagens</i> )	4.6.4
HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, <i>NJ</i> 2014/414, m.nt. Heerma van Voss ( <i>Davelaar/Allspan</i> )	7.7.4.1
HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, <i>NJ</i> 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde ( <i>Spaanse Villa</i> )	6.5.3.1
HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, <i>NJ</i> 2012/689 ( <i>Paalrot</i> )	6.5.3.2, 6.5.3.3, 7.6.5.3
HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9829, <i>RvdW</i> 2013/7 ( <i>Onttrekkingen aan boedel</i> )	4.6.6.1
HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, <i>NJ</i> 2013/237, m.nt. Lindenbergh ( <i>Deloitte/Hassink</i> )	4.6.4
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102, <i>RvdW</i> 2013/955 ( <i>Plakoksel</i> )	6.5.3.2
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, <i>NJ</i> 2014/368, m.nt. Hartlief ( <i>Reaal/Deventer</i> )	3.4
HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091, <i>RvdW</i> 2014/691 ( <i>Gladde fietsbrug</i> )	6.5.3.2
HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3350, <i>NJ</i> 2015/388, m.nt. Haak ( <i>Liander/KWS</i> )	3.2
HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461, <i>NJ</i> 2015/194, m.nt. Mendel ( <i>Anderzorg/Veenstra en London</i> )	4.6.4
HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, <i>NJ</i> 2015/321 ( <i>Searocco/Altena</i> )	7.6.4
HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2845, <i>JA</i> 2015/165 ( <i>Ongeval sluiscomplex</i> )	6.5.3.2
HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, <i>NJ</i> 2016/173, m.nt. Hartlief ( <i>Paard Imagine</i> )	3.3.3.2, 6.5.3.4, 6.6.4.3
HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:345, <i>NJ</i> 2016/151 ( <i>Ontruiming krakers</i> )	7.6.1

HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283, <i>NJ</i> 2017/73, m.nt. Spier ( <i>Stroomkabels</i> )	6.5.3.2, 7.5.4
HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, <i>NJ</i> 2017/124, m.nt. Van Schilfgaarde ( <i>Resort of the World/Maple Leaf</i> )	6.5.3.1, 7.7.3
HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, <i>NJ</i> 2017/336, m.nt. Keirse ( <i>Catering</i> )	3.2
HR 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:459, <i>RvdW</i> 2017/372 ( <i>Lekkende kelder</i> )	4.6.6.1
HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1149, <i>RvdW</i> 2017/723 ( <i>Ennia/Taliesin</i> )	5.2
HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345, <i>NJ</i> 2017/467, m.nt. Spier ( <i>JMV/Zurich</i> )	5.3.1, 5.3.3, 8.2, 8.4
HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3016, <i>RvdW</i> 2017/1278, m.nt. Kolder, <i>AV&amp;S</i> 2018/3 ( <i>Schavemaker/Planet c.s.</i> )	7.6.5.1, 7.6.5.4, 7.6.5.5, 7.6.5.7, 7.6.5.8, 7.6.5.10, 7.8.4
HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, <i>RvdW</i> 2018/30 ( <i>Parochie/X</i> )	6.6.2, 6.7, 7.7.4.1
HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:208 ( <i>Opbreking wegdek</i> )	7.5.4
<b>Centrale Raad van Beroep</b>	
CRvB 4 juni 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP2596 ( <i>X/UWV</i> )	4.6.4
<b>Gerechtshoven</b>	
Hof Den Bosch 23 oktober 1980, <i>NJ</i> 1981/287 ( <i>BBA/Ziekenfonds Midden-Brabant</i> )	2.2
Hof Amsterdam 15 januari 1998, <i>NJkort</i> 1999/26 ( <i>Karatetrap collega</i> )	8.4
Hof Den Bosch 20 april 1998, <i>NJ</i> 1999/35 ( <i>Gemeente Tilburg/De Kok</i> )	3.6.3
Hof Den Bosch 20 april 1998, <i>NJ</i> 1999/34 ( <i>Openbaar lichaam Samenwerkingsverband Midden-Brabant/De Kok</i> )	3.6.3
Hof Den Haag 20 mei 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AD3054, <i>NJ</i> 2000/77 ( <i>Rijkswaterstaat</i> )	5.3.2
Hof Arnhem 13 juni 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AC3160, <i>NJ</i> 2000/58 ( <i>Van Zijderveld/Hachmang</i> )	3.4
Hof Amsterdam 5 april 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AK4502, <i>VR</i> 2002/93 ( <i>Drakenburgh/De Hoog</i> )	7.6.5.10

Hof Leeuwarden 19 december 2001, rolnr. 96/00368 (niet gepubl.) ( <i>Dierenambulance</i> )	7.8.3, 4.6.2
Hof Den Bosch 17 maart 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF6144 ( <i>Reparatie</i> )	7.8.2
Hof Den Haag 15 juli 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AQ5925, <i>VR</i> 2004/107 ( <i>TU Eindhoven/Donders</i> )	3.3.3
Hof Leeuwarden 12 november 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AO1156, <i>VR</i> 2003/183 ( <i>Paardrijles</i> )	4.6.3
Hof Arnhem 6 januari 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AO5607, <i>NJF</i> 2004/285 ( <i>Paard Muchet</i> )	3.3.3, 7.3
Hof Den Bosch 20 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR6491, <i>VR</i> 2004/147 ( <i>Ugurludogan/Manege Vlakwater</i> )	7.3
Hof Arnhem 17 februari 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AQ6696, <i>NJ</i> 2004/405 ( <i>Val van paard</i> )	4.6.3
Hof Arnhem 11 mei 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR6989, <i>NJ</i> 2004/664 ( <i>Reitsma/Van der Kam</i> )	7.3
Hof Leeuwarden 8 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR0757, <i>JA</i> 2004/15 ( <i>Wegonderhoud door Provincie</i> )	5.3.2
Hof Den Bosch 30 november 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS2117, <i>NJF</i> 2005/128 ( <i>Skimmende ober</i> )	8.4
Hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS2588, <i>AV&amp;S</i> 2005/25, m.nt. Oldenhuis ( <i>Hondenkennel</i> )	7.3.1
Hof Den Bosch 8 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AV7064, <i>VR</i> 2006/38 ( <i>Turbo Polyp</i> )	3.5.3.1
Hof Arnhem 11 oktober 2005 en 20 juni 2006, <i>JA</i> 2006/100 ( <i>Huifkarongeval</i> )	3.6.3
Hof Den Bosch 18 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6636, <i>JA</i> 2006/15 ( <i>Verduisterende buitendienstmedewerker</i> )	8.4
Hof Amsterdam 26 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ6089 ( <i>Allianz/SFB Diensten</i> )	7.3, 7.6.5
Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, <i>JA</i> 2008/2 ( <i>Westfriese Flora</i> )	8.3
Hof Den Haag 17 juli 2008, <i>JA</i> 2008/125 ( <i>Kraanspel</i> )	8.4.2
Hof Den Bosch 23 december 2008, zaaknr. HD 103.002.737 (niet gepubl.) ( <i>Paard Loretta</i> )	3.3.3.1

Hof Den Haag 17 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH6274 ( <i>Industrial/Tributary</i> )	5.4.4
Hof Den Bosch 1 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ7299 ( <i>Uitgebrande auto</i> )	3.5.3.1
Hof Leeuwarden 1 december 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK5326 ( <i>Wegslepen auto</i> )	5.3.2, 7.8.2
Hof Den Bosch 9 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL7141 ( <i>Carnavalspaard</i> )	3.6
Hof Leeuwarden 22 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN0684, <i>JA</i> 2010/115 ( <i>X/Politie Regio Ijsselland</i> )	4.6.3, 6.5.3.4, 6.5.3.3
Hof Amsterdam 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN3671 ( <i>Voetbaltrainer</i> )	6.5.3.5
Hof Amsterdam 9 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BT6578 ( <i>Zuiveringsinstallatie Hoogheemraadschap</i> )	5.3.2
Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6992, <i>JA</i> 2012/3 ( <i>Vliegwiel</i> )	7.5.4
Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7349, <i>JA</i> 2012/73 ( <i>Uitladen paard</i> )	3.3.3.1, 7.3.3, 7.8.3
Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9123 ( <i>Palingwekerij</i> )	5.3.1
Hof Den Bosch 26 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2823 ( <i>Woonstichting</i> )	5.3.2
Hof Den Bosch 2 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2741, <i>JA</i> 2013/159 ( <i>Bierfusten</i> )	7.6.5.7, 7.6.5.10, 7.8.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5865 ( <i>Heftruck</i> )	7.8.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8971 ( <i>Misbruik door pastoor</i> )	5.3.1, 8.4
Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539 ( <i>Wilnis</i> )	6.5.3.5
Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3856 ( <i>Rioolwerkzaamheden Gemeente</i> )	5.3.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2353 ( <i>Zwembadwater</i> )	7.6.3
Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022 ( <i>Reaal/Deventer</i> )	6.5.3.1
Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2306 ( <i>X/GVB</i> )	6.3.2

Hof Amsterdam 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3301 ( <i>Mishandeling door leidinggevende</i> )	8.4
Hof Den Bosch 19 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1506 ( <i>Trainen paard</i> )	3.3.3.1, 7.3.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3429 ( <i>Zaalvoetbal</i> )	7.6.5.10
Hof Den Bosch 17 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1938, <i>JA</i> 2016/106 en 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5604 ( <i>Paard Dika</i> )	3.3.3.1, 3.4, 7.7.4.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6980 ( <i>Mishandeling op uitzendbureau</i> )	8.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6623 ( <i>Hondenbeet</i> )	6.5.3.1
Hof 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331 ( <i>Tribunetrap</i> )	7.6.5.10
Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4170 ( <i>Gestald paard</i> )	7.3.3, 7.6.4
Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3304 ( <i>Botsing met kat</i> )	4.6.2, 7.8.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1182 ( <i>Bierfeest</i> )	7.6.5.7
<b>Rechtbanken</b>	
Rb. Arnhem 21 mei 1987 en 23 maart 1989, <i>VR</i> 1990/112 ( <i>Kat bij dierenarts</i> )	3.6.3
Rb. Rotterdam 8 juni 1990, <i>NJ</i> 1991/210 ( <i>Overlijden na hondenbeet</i> )	2.3
Ktr. Breda 15 oktober 1997, <i>Prg</i> 1997/4858 ( <i>Gesprongen waterleiding</i> )	3.5.1
Rb. Leeuwarden 1 september 1999, ECLI:NL:RBLEE:1999:AJ6625, <i>VR</i> 2000/124 ( <i>Val van kameel</i> )	4.6.3
Rb. Haarlem 1 augustus 2000, ECLI:NL:RBHAA:2000:AJ0600, <i>VR</i> 2002/94 ( <i>Basketbaltoren</i> )	6.3.2
Rb. Maastricht 14 december 2000, ECLI:NL:RBMAA:2000:AB0556 ( <i>Val van ladder</i> )	7.8.2
Rb. Utrecht 25 september 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE8126, <i>NJ</i> 2002/592 ( <i>Frauderende tussenpersoon</i> )	8.4
Rb. Maastricht 22 januari 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF3869 en 12 november 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN8406 ( <i>A/M.A.S.H.</i> )	7.3

Rb. Leeuwarden 5 maart 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AF5492, <i>JAR</i> 2003/86 ( <i>Meelopen binnen bedrijf</i> )	7.8.2
Rb. Roermond 13 augustus 2003, ECLI:NL:RBROE:2003:AO4576, <i>VR</i> 2004/30 ( <i>Kuipstoel</i> )	3.5.3.1
Rb. Groningen 29 oktober 2003, ECLI:NL:RBGRO:2003:AR8409, <i>VR</i> 2004/165 ( <i>Mishandelende taxichauffeur</i> )	8.4
Rb. Rotterdam 17 maart 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AP5278, <i>NJF</i> 2004/339 ( <i>Paardrijles</i> )	4.6.3
Rb. Den Bosch 22 september 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR7489, <i>NJF</i> 2004/604 ( <i>Paard Loretta</i> )	3.3.3.1, 7.3.1
Rb. Arnhem 6 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT5596, <i>NJF</i> 2005/389 ( <i>Vechtpartij discotheek</i> )	8.4
Rb. Utrecht 7 december 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7713, <i>JA</i> 2006/31 ( <i>Stoeien tijdens pauze</i> )	8.4
Rb. Arnhem 28 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA4252, <i>JA</i> 2007/96 ( <i>Ingehuurde portier</i> )	5.3.2
Rb. Assen 18 april 2007, ECLI:NL:RBASS:2007:BA3939 ( <i>Tandarts</i> )	5.3.2
Rb. Amsterdam 16 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA6824, <i>JA</i> 2007/107, m.nt. Kolder ( <i>Valraam ziekenhuis</i> )	3.3.3, 4.3
Rb. Utrecht 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1403, <i>JA</i> 2007/153 ( <i>X/Regiopolitie Utrecht</i> )	6.3.2, 6.5.3.4
Rb. Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122, <i>JA</i> 2007/167 ( <i>Discotheek Bermuda</i> )	4.6.2, 7.6.5.7
Rb. Maastricht 26 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB4436, <i>JA</i> 2007/178 ( <i>Omgevallen hoogspanningsmast</i> )	3.6.2
Rb. Breda 19 december 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BC8144 ( <i>Trailer</i> )	3.5.3.1
Rb. Almelo 9 januari 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BC4628, <i>VR</i> 2009/44 ( <i>X/Losser en ProRail</i> )	3.5.1
Rb. Breda 16 januari 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC2035 ( <i>Pina Colada</i> )	7.3



- Rb. Utrecht 16 januari 2008,  
ECLI:NL:RBUTR:2008:BC1923, *JA* 2008/38  
(*Ontbreken traprede*) 4.2, 7.6.5.1,  
7.6.5.4
- Rb. Arnhem 9 april 2008,  
ECLI:NL:RBARN:2008:BC9923 (*Sloopwerkzaamheden*) 5.3.2
- Rb. Rotterdam 16 juli 2008,  
ECLI:NL:RBROT:2008:BD7436 (*Mobiele kunstijsbaan*) 6.3.2
- Rb. Middelburg 23 juli 2008,  
ECLI:NL:RBMID:2008:BE0211 (*Ingestorte loods*) 6.3.2
- Rb. Utrecht 17 september 2008,  
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1298, *JA* 2008/161  
(*Prorail BV/Railion*) 7.6.2
- Rb. Rotterdam 24 december 2008,  
ECLI:NL:RBROT:2008:BH1976  
(*Schade aan waterleiding*) 5.3.2
- Rb. Leeuwarden 7 oktober 2009,  
ECLI:NL:RBLEE:2009:BK0228  
(*Gemeente en bouw schoolgebouw*) 5.3.2
- Rb. Arnhem 27 augustus 2010,  
ECLI:NL:RBARN:2010:BN6044  
(*Brandgevaarlijk bedrijfspand*) 3.3.3
- Rb. Rotterdam 13 oktober 2010,  
ECLI:NL:RBROT:2010:BO3418 (*Loopplank*) 6.3.2
- Rb. Utrecht 20 oktober 2010,  
ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1670 (*Gebrekkige kade*) 6.7
- Rb. Breda 16 februari 2011,  
ECLI:NL:RBBRE:2011:BP5717, *JA* 2011/55  
(*Keller Keukens*) 7.7.4.2
- Rb. Arnhem 20 april 2011,  
ECLI:NL:RBARN:2011:BQ3915 (*Beleren paard*) 3.3.3.1
- Rb. Arnhem 22 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR1090  
(*Stroomverdeelkast*) 3.3.3.2
- Rb. Amsterdam 23 juni 2011,  
ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5467, *JA* 2011/184  
(*Toegangspoort*) 7.3
- Rb. Den Bosch 13 juli 2011,  
ECLI:NL:RBSHE:2011:BR1652, *JA* 2011/164  
(*Val van steiger*) 3.3.3.2, 7.7.4.1
- Rb. Leeuwarden 27 juli 2011,  
ECLI:NL:RBLEE:2011:BR3449 (*Dagbesteding*) 6.7
- Rb. Den Haag 7 maart 2012,  
ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8717 (*Onderhoud brug Staat*) 5.3.2

Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, <i>NJF</i> 2012/412 ( <i>ProRail/Schenker</i> )	3.3.3.2
Rb. Den Haag 5 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5997 ( <i>Paardrijles</i> )	7.3.3
Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412 ( <i>Scouting</i> )	6.7
Rb. Zeeland-West-Brabant 9 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:2504 en 9 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4642 ( <i>Paard Dika</i> )	4.6.6.1
Rb. Oost-Brabant 27 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6844 ( <i>Opblaasbare klimtoren</i> )	6.3.2
Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1475 ( <i>Defensie</i> )	5.3.1
Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3780 ( <i>X/GVB</i> )	6.3.2
Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498, <i>JA</i> 2013/123 m.nt. Kolder ( <i>Allianz/SRO</i> )	5.3.1
Rb. Oost-Brabant 12 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2718 ( <i>Gebrekkige oplegger</i> )	7.8.2
Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9278 ( <i>Tandartsenpraktijk</i> )	5.3.2
Rb. Oost-Brabant 27 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:868, <i>JA</i> 2014/59, m.nt. Kolder ( <i>Beleren paard en bezitter</i> )	4.6.5, 7.3.3
Rb. Rotterdam 18 april 2014, zaaknr. 1338058 CV, (niet gepubl.) ( <i>Opladen accu</i> )	8.4.3
Rb. Noord-Nederland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3240 ( <i>Waterschap</i> )	5.3.2
Rb. Rotterdam 16 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5862 ( <i>Sloop theater</i> )	5.3.2
Rb. Amsterdam 29 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:491 ( <i>Dexia</i> )	5.3.2
Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2443, <i>JA</i> 2015/79 ( <i>Hond Jengo</i> )	3.3.3.2
Rb. Noord-Holland 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10003 ( <i>Mishandeling door caissière</i> )	8.4
Rb. Gelderland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3424, <i>NJF</i> 2016/368 ( <i>Paard Aragorn</i> )	7.3.3
Rb. Den Haag 22 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7281 ( <i>Mishandeling op het werk</i> )	8.4
Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4402 ( <i>NAM &amp; EBN</i> )	3.4

Rb. Noord-Nederland 2 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4839 ( <i>MoM-heupprothese</i> )	6.3.2
Rb. Midden Nederland 23 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7736 ( <i>X/Landelijk Politiekorps</i> )	6.5.3.4
Rb. Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167 ( <i>Stepping stones</i> )	6.3.2
Rb. Noord-Nederland 12 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5555 ( <i>Wolvenpark</i> )	4.6.3
Rb. Noord-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5536 ( <i>Onbewaakte spoorwegovergang</i> )	3.6.2
Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 ( <i>Q-koorts</i> )	6.5.3.4
Rb. Rotterdam 8 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1063 ( <i>Mishandeling door conducteur</i> )	8.4
Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 ( <i>Immateriële aardbevingsschade</i> )	3.6.2
Rb. Oost-Brabant 1 maart 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:986 ( <i>Brandweerauto rijdt door rood</i> )	6.5.3.4
Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3102 ( <i>Gebroken heupprothese</i> )	3.5.3
Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1377 ( <i>X/De Nationale politie</i> )	5.3.1

## Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar de (sub)paragraaf, waarin het desbetreffende onderwerp in meest uitgebreide zin wordt behandeld.

### A

Aansprakelijkheid	
– centralisering van ~	2.4
– cumulatie van ~	3.2, 3.3
– fout ~	1.3.3.1
– gesegmenteerde ~	2.4
– hoofdelijke ~	3.4
– in een keten	5.3.2, 5.4.4
– kanalisering van ~	2.4, 3.3.1, 3.4, 3.5.1, 3.5.3.1, 3.6.1
– kwalitatieve ~	1.3.3.1
– samenloop van ~	3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6
– van de bedrijfsmatige gebruiker	9.2
– van de beheerder	3.5, 5.4.3.3, 7.6.5
– van de beroepsmatige gebruiker	6.5.2
– van de bewaarder	6.6.4.2, 7.2.1, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4
– van de dierenambulance	7.8.3
– van de dierenarts	7.8.3
– van de erfpachter	3.5.2
– van het ingehuurde chauffeursbedrijf	7.8.3
– van de kabelbeheerder	3.5.1
– van de klassieke overheid	6.5.3
– van de leidingbeheerder	3.5.1
– van de medebezitter	3.5.2
– van de ouder/voogd	3.5.2
– van de opdrachtgever van niet-ondergeschikten	5.3.2
– van de opdrachtgever van ondergeschikten	5.3.1
– van het overheidsbedrijf	5.3.2, 6.2.2, 6.2.3, 6.3.1, 6.3.2, 6.5.3, 6.7
– van de producent	3.5.3, 4.4.5, 6.6.3, 7.5.3
– van de reparateur	7.8.3
– van de sporthalexploitant	7.6.5.10

- van de stichting 6.5.4, 6.7
- van de tankende taxichauffeur 7.8.2
- van de vereniging 6.5.4, 6.7
- van de verkrijger onder opschortende voorwaarde 3.5.2
- van de vervoerder 1.3.2, 7.2.1, 7.6.3, 7.6.4
- van de waterstaatswerkbeheerder 3.5.1
- van de wegbeheerder 3.5.1
- van het garagebedrijf 7.8.3, 7.8.4
- van het onderhoudsbedrijf 7.8.4
- van het ziekenhuis 6.5.4, 6.7
- voor dieren 3.3.3.1, 6.5.3.4, 7.6.4, 7.8.3
- voor gevaarlijke stoffen 7.6.3
- voor kabels 3.5.1
- voor leidingen 3.5.1
- voor motorrijtuigen 7.5.1, 7.8.2
- voor niet-ondergeschikten 5.3.2
- voor ondergeschikten 5.3.1
- voor ondergrondse werken 3.5.1, 4.4.3, 7.5.3, 7.7.1
- voor openbare wegen 3.5.1
- voor opstallen 3.3.3.2, 3.5.3.2, 7.6.5
- voor roerende zaken 3.3.3.2, 3.5.3.1, 7.6.2
- voor waterstaatswerken 3.5.1
- Aansprakelijkheidsverzekering
- voor bedrijven 9.3
- voor particulieren 9.3
- Afrondingsfactor, het systeem van de wet als ~ 4.6.5, 7.8.5
- Alternativiteit 3.2
  
- B**
- Bedrijf 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6, 6.7
- Bedrijfsmatige gebruiker 9.2
- Bedrijfsuitjes 8.4.3
- Beheerder 3.5.1, 5.4.3.3, 7.6.5
- Beroep 6.5.2
- beroep met bedrijfsmatige trekken 6.2, 6.3, 6.5.2
- vrij beroep 6.2, 6.3, 6.5.2
- Beroepsmatige gebruiker 6.2, 6.2, 6.5.2
- Bestaan van het gebrek 7.6.5.1
- Bewaarder 6.6.4.2, 7.2.1, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4
- Bezitter 3.3, 4.2, 4.4.1, 4.4.2, 4.5, 4.6
- ‘Bijzondere’ personen 3.5
- erfpachter 3.5.2
- exploitant van een ondergronds werk 3.5.1, 4.4.3, 7.5.3, 7.7.1
- exploitant van een spoorvoertuig 3.5.1

– kabelbeheerder	3.5.1
– leidingbeheerder	3.5.1
– medebezitter	3.5.2
– ouder/voogd	3.5.2
– spoorweginfrastructuurbeheerder	3.5.1
– verkrijger onder opschortende voorwaarde	3.5.2
– waterstaatswerkbeheerder	3.5.1
– wegbeheerder	3.5.1
Bronnen van verhoogd gevaar	2.3, 6.2.3, 7.5.1, 7.5.2
<b>C</b>	
Carnavalsvereniging	1.1, 9.5
Consument, handelen als ~	6.6.2, 6.6.3.1, 6.6.4.1, 6.7
Contractuele aansprakelijkheid	3.6.3
Cumulatie van aansprakelijkheden	3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 7.9
<b>D</b>	
Dieren	3.3.3.1, 3.3.2, 4.3, 7.6.4, 7.8.3
Dierenambulance	7.8.3
Dierenarts	7.8.3
Dubbele verzekeringslasten, het voorkomen van ~	2.4, 3.3.1, 3.7, 5.2, 7.5.2
Duurzaamheid, het vereiste van ~	3.3.2, 4.6.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.6.4, 7.8.2
<b>E</b>	
Eenheidsgedachte	3.3.1, 5.2, 5.3, 5.4, 7.7.4.2
Eigen energie	2.2, 6.5.3.4, 7.5.1, 7.6.4, 8.4.2
‘Eindgebruiker’	3.4, 5.4.4, 7.7.1, 7.7.2, 7.7.3, 7.7.4
Erfpachter	3.5.2
Exclusieve werking van art. 6:181	3.3.1, 3.3.3.1, 3.3.3.2, 3.4
Exclusiviteit	3.2
<b>F</b>	
Feitelijk handelen met	7.3.1, 7.4, 7.6.2
Foutaansprakelijkheid	1.3.3.1
Fout-vereiste	1.3.3.1, 2.3, 5.3.1, 5.3.2
Functioneel verband	
– van art. 6:170	5.3.1, 8.4
– van art. 6:171	5.3.2, 8.3
– van art. 6:181	5.2, 8.2, 8.3, 8.4

**G**

Gebrek, ontstaan van het ~	7.6.5.1, 7.6.5.2, 7.6.5.7, 7.6.5.8, 7.6.5.10
Gebrekkigheid	6.5.3.3, 7.6.2, 7.6.5
Gebruik	7.5, 7.6.1
– van dieren	7.6.4, 7.8.3
– van gevaarlijke stoffen	7.6.3
– van opstallen	7.6.5
– van roerende zaken	7.6.2, 7.8
Gevaarlijke stoffen	7.6.3
Grootste mate van invloed op de risico's	7.5.2, 7.5.3, 7.6.1

**H**

Hiërarchie tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker	4.2, 4.4, 4.5, 4.6
Historisch perspectief	2.2, 2.3, 2.5, 2.6
Hoofdelijke aansprakelijkheid	
– van bedrijfsmatige medegebruikers	3.4, 7.8.5
– van medebezitters	3.5.2
Hoofdregel, de aansprakelijkheid van art. 6:181 als ~	4.4.1, 4.5, 4.6.1

**I**

Incidenteel gebruik	7.8.2
Ingehuurd chauffeursbedrijf	7.8.3
Inspiratiebron, art. 6:170 als ~	5.4.1
Invloed op de risico's	7.5.2, 7.5.3, 7.6.1

**K**

Kabelbeheerder	3.5.1
Kerkgenootschappen	6.6.2, 6.7
Ketenaansprakelijkheid	5.3.2, 5.4.4, 6.3.1, 6.5.3,
Klassieke overheid	6.3.1, 6.5.3, 6.6.2, 6.6.3.1, 6.6.4.1, 6.7
Kortdurend gebruik	7.8.2
Kwalitatieve aansprakelijkheid	1.3.3.1
– argumenten voor ~	2.4
– historische ontwikkeling van ~	2.3
– in het NBW	2.3
– in het OBW	2.2

**L**

Laatste in de keten, aansprakelijkheid van de ~	3.4, 5.4.4, 7.7.1, 7.7.2
Leidingbeheerder	3.5.1

**M**

Medebezitters	3.5.2, 7.5.3
Medegebruikers	3.4, 7.8.5
Meerdere bedrijfsmatige gebruikers	3.4, 7.8.5
Meest sprekende band	3.3.3.1, 3.4, 3.5.2, 7.2.1, 7.5.3, 7.7.1, 7.7.4.2
Met het oog op gebruik, onder zich houden van ~	7.2.1, 7.3.3, 7.4, 7.6.2
Motorrijtuigen	7.5.1, 7.8.2

**N**

Na afloop van gebruik, onder zich houden van ~	7.2.1, 7.3.3, 7.4, 7.6.2
Niet-ondergeschikten	5.3.2

**O**

Onder zich houden van	7.2.2, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4, 7.8.3
Ondergeschiktheid	5.3.1, 5.4.1
Ondergeschikten	5.3.1, 5.4.1
Ondergrondse werken	3.5.1, 4.4.3, 7.5.3, 7.7.1
Onderwijsinstellingen	6.3.2, 6.5.4, 6.6.2, 6.7
Oneigenlijk gebruik	8.4.2
Onrechtmatige daad	1.3.3.1, 3.6.2
Ontstaan van het gebrek	7.6.5.1, 7.6.5.2, 7.6.5.7, 7.6.5.8, 7.6.5.10
Ontstaan van de schade	7.6.5.1, 7.6.5.3, 7.6.5.4
Opdrachtgever	
– van niet-ondergeschikten	5.3.2, 5.4.3.3
– van ondergeschikten	5.3.1, 5.4.3.3
Opspoorbaarheid	2.4, 3.3.1, 3.4, 3.5.3.2, 7.5.2
Opstallen	3.3.3.2, 3.5.3.2, 7.6.5
‘Opstal-werktuigen’	7.6.5.9
Opstallen in eigenlijke zin	7.6.5.9
Ouder/voogd	3.5.2
Overheid	5.3.1, 5.3.2, 6.2.3, 6.3.1, 6.3.2, 6.5.3, 6.7
Overheidsbedrijf	5.3.2, 6.2.2, 6.2.3, 6.3.1 6.3.2, 6.5.3, 6.7

**P**

Particulier, aansprakelijkheid van de ~	6.6.2, 6.6.3.1, 6.6.4.1, 6.6.2, 6.7
Personeelsfeestjes	8.4.3
Plaatsbepaling van art. 6:181 t.o.v. 6:170 en 171	5.4
Preventie	2.4, 7.5.2
Privésfeer, aansprakelijkheid in de ~	6.6.2, 6.6.3.1, 6.6.4.1, 6.6.2, 6.7



Producent	3.5.3, 4.4.5, 6.6.3, 7.5.3
Productenaansprakelijkheid	3.5.3, 4.4.5, 6.6.3, 7.5.3
Professional, aansprakelijkheid van de ~	6.6.2, 6.6.3.1, 6.6.4.1, 6.6.2, 6.7
Profijtbeginsel	2.4, 5.2, 6.2.2, 6.5.2, 7.5.2, 7.3.2
<b>R</b>	
Rechtspersonen, aansprakelijkheid van ~	5.3.1, 5.3.3, 6.2.2, 6.6.2
Rechtsvergelijking	5.4.3.3
Reparateur	7.8.4
Risicoaansprakelijkheid	1.3.3.1
Risk spreading capacity	2.4, 5.2, 6.5.3.1, 6.6.2
Roerende zaken	3.3.3.2, 3.5.3.1, 6.5.3.3, 7.6.2
<b>S</b>	
Samenloop	3.2
– van afd. 6.3.2 BW en afd. 6.3.3 BW	3.5.3
– van kwalitatieve aansprakelijkheden onderling	3.6.1
– van kwalitatieve aansprakelijkheid en contract	3.6.3
– van kwalitatieve aansprakelijkheid en onrechtmatige daad	3.6.2
Schade, het ontstaan van de ~	7.6.5.1, 7.6.5.3, 7.6.5.4
Schadespreiding	2.4, 5.2, 6.5.3.1, 6.6.2, 7.5.2
Schadeveroorzakend element	7.6.1
Schijnzelfstandige	5.3.1, 7.7.4.1
Schuldaansprakelijkheid	1.3.3.1
Spoorweginfrastructuur	3.5.1
Spoorwegvoertuig	3.5.1
Sprekende band, de meest ~	3.3.3.1, 3.4, 3.5.2, 7.2.1, 7.5.3, 7.7.1, 7.7.4.2
Stelplicht en bewijslast	4.6.6, 7.6.5.3
Stichtingen	6.5.4, 6.7
<b>T</b>	
Tankende taxichauffeur	7.8.2
Tegenhanger, art. 6:181 als ~	5.4.1, 5.4.2
Ten eigen nutte, gebruik ~	3.3.2, 4.6.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.4
Tenzij-clausule van art. 6:173, 174 en 179	7.5.4
Tenzij-clausule van lid 1 van art. 6:181	7.6.5.1, 7.6.5.2, 7.6.5.3, 7.6.5.4
Ter beschikking stellen van personen	5.4.4
Ter beschikking stellen van zaken	3.4, 5.4.4, 7.7
Totstandkomingsgeschiedenis	
– van art. 6:170	5.2, 7.5.5
– van art. 6:171	5.2, 7.5.5
– van art. 6:181	2.3, 2.6, 6.2, 7.2

**U**

Uiterlijke eenheid	5.3.2, 7.7.4.2, 8.3
Uitleen van personen	5.4.4
Uitleen van zaken	3.4, 5.4.4, 7.7
Uitzondering, de bezittersaansprakelijkheid als ~	4.4.1, 4.4.2, 4.5, 4.6

**V**

Vangnet, de bezittersaansprakelijkheid als ~	4.4.1, 4.4.2, 4.5, 4.6
Verantwoordelijkheid	7.5.2
Vereenzelviging	5.3.3, 6.5.3.1
Verenigingen	6.5.4, 6.7
Verhouding tussen de bezitter en bedrijfsmatige gebruiker	4.2, 4.4, 4.5
Verhoogd gevaar	2.3, 7.5.2
Verkoop van zaken en dieren	7.2.2
Verkrijger onder opschortende voorwaarde	3.5.2
Verlegging van aansprakelijkheid	3.3.3.1, 4.2, 4.5
Vervoerder	1.3.2, 7.2.1, 7.6.3, 7.6.4
Verwerking als afval	6.5.3.1, 7.2.2
Verzekeringen, voorkomen van dubbele ~	2.4, 3.3.1, 3.5.3.1, 3.7, 7.5.2
Vluchtigheid	7.8.1, 7.8.2, 7.8.3
Voogd/Ouder	3.5.2

**W**

Waterstaatswerkbeheerder	3.5.1
Wegbeheerder	3.5.1

**Z**

Zeggenschap	5.4.1, 5.5, 7.5
Zelfstandige hulppersonen	3.4, 5.3.2, 7.7.4, 7.7.4.1, 7.7.4.2, 8.3
Ziekenhuizen	6.2.2, 6.5.4, 6.7
Zorg	7.5.2, 7.5.3
Zzp'ers	3.4, 5.3.2, 7.7.4.1



## Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK

### **Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht**

Onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp

- CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6<sup>e</sup> druk
- CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
- CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
- CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
- CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
- CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
- CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
- CA8. B.M. Pajmans, De zorgplicht van scholen
- CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 6<sup>e</sup> druk
- CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
- CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
- CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraak
- CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
- CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
- CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
- CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2<sup>e</sup> druk
- CA17. R. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichthouders
- CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker

### **Recht en Praktijk Financieel Recht**

Onder redactie van prof.mr. D. Busch, mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière

- FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
- FR2. G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2<sup>e</sup> druk
- FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
- FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7<sup>e</sup> druk
- FR5. K. Frielink, M. van Eersel, Toezicht trustkantoren in Nederland – 2<sup>e</sup> druk
- FR6. L.J. Silverentand (red.), B. Bierman, F.W.J. van der Eerden, P. Heemskerk, J. Sprecher, Hoofdpijnen Wft, – 3<sup>e</sup> druk
- FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer / Elektronisch betalingsverkeer – 3<sup>e</sup> druk
- FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 2<sup>e</sup> druk
- FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
- FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht
- FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector
- FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
- FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?
- FR14. R.E. van Esch, De financiële dienstverlener online
- FR15. J.P. Franx, Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract

### **Recht en Praktijk – Informatie en Communicatietechnologie**

- ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
- ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, en W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
- ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
- ICT4. S. van der Hof, A.R. Lodder en G.J. Zwenne (red.), Recht en computer

### **Recht en Praktijk – Insolventierecht**

- Onder redactie van prof.mr. B. Wessels, mr.dr. R.J. de Weijs en mr.dr.s. C.M. Harmsen
- InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
  - InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2<sup>e</sup> druk
  - InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
  - InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 2<sup>e</sup> druk
  - InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
  - InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
  - InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren en J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
  - InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
  - InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos en J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventie-advocaten
  - InsR10. K.A. Messelink & R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen

### **Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom**

- IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht

### **Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht**

- Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg
- ONR1. W.J.M. van Veen en J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)
  - ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 5<sup>e</sup> druk
  - ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2<sup>e</sup> druk
  - ONR4. F.K. Buijn en P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
  - ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
  - ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
  - ONR7. W.J.M. van Veen en M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen
  - ONR8. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht
  - ONR9. R. Abma, D.P. van Kleef, N. Lemmers en M. Olaerts, De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen
  - ONR10. K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht

### **Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht**

- PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding
- PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
- PFR3. Th.M. de Boer en F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht – Wegwijzer voor de rechtspraktijk – 2<sup>e</sup> druk
- PFR4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding
- PRF5. P.A.W. Kuijper, Een nieuwe visie op afstamming

### **Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht**

- SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
- SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
- SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure – 6<sup>e</sup> druk
- SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht

SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht  
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen  
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak – 5<sup>e</sup> druk  
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijkevorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

#### **Recht en Praktijk – Vastgoedrecht**

VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?  
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht  
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten  
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen  
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten – 2<sup>e</sup> druk  
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting – 2<sup>e</sup> druk  
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures  
VG8. E.H.M. Swaneveld-Bakelaar, De huur van ongebouwde onroerende zaken: een leemte in de wet

#### **Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)**

Onder redactie van prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde, prof.mr. J.H. Wansink, mr. S.Y.Th. Meijer en mr. N. Vloemans  
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren  
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht – 4<sup>e</sup> druk  
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering – 3<sup>e</sup> druk  
VR4. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht  
VR5. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering – 3<sup>e</sup> druk  
VR6. S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans en J.H. Wansink (red.), Zicht op toezicht in de verzekeringssector

#### **Recht en Praktijk – Verschenen delen onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes**

- |   |   |
|---|---|
| 1. Bedrijfsopvolging in de middenstand            | 15. Collectief ontslag                        |
| 2. Bedrijfsopvolging in de landbouw               | 16. Schade- en sommenverzekeringsrecht        |
| 3. Opvolging in het vrije beroep                  | 17. De gerechtsdeurwaarder                    |
| 4. Familierechtelijke betrekkingen                | 18. De surséance van betaling en het akkoord  |
| 5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand | 19. Bestemmingsplan en privaatrecht           |
| 6. Bouw- en woningrecht                           | 20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht |
| 6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed      | 21. Handleiding bij scheiding                 |
| 6b. Huurrecht bedrijfsruimten                     | 22. Onteigening                               |
| 6c. Huurprijzenwet woonruimten                    | 23. BV en NV                                  |
| 7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)                 | 24. Vergoeding van verkeersschade             |
| 7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)         | 25. Het Nieuwe Verenigingsrecht               |
| 8. Wet op het consumentenkrediet                  | 26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad |
| 9. De Kamers van Koophandel in de praktijk        | 27. Consumentenrecht                          |
| 10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)           | 28. De handelsnaam                            |
| 10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)          | 29. Kringen van belanghebbenden               |
| 11. Het nieuwe merkenrecht                        | 30. Handleiding Hinderwet                     |
| 12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)          | 31. Pacht                                     |
| 13. Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden   | 32. De directeur, bestuurder en werknemer     |
| 14. Kansspelen en cadeau-acties                   | 33. Vervoerrecht                              |
|   | 34. Huurbescherming bij woonruimte            |

35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van producten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derdenbescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering

106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurrence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsovernemings
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw
161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrecht-spraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovernames en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht



